ISTITUTO DI DIRITTO INTERNAZIONALE
DELLA UNIVERSITÀ DI MILANO

COMUNICAZIONI E STUDI

FONDATORE
ROBERTO AGO

DIRETTORI
PIERO ZICCARDI - RICCARDO LUZZATTO - TULLIO TREVES
SERGIO M. CARBONE - PIERLUIGI LAMBERTI ZANARDI - FAUSTO POCAR
GIORGIO SACERDOTI - ALBERTO SANTA MARIA
BRUNO NASCIMBENE - GABRIELLA VENTURINI

VOLUME VENTIDUESIMO

MILANO – GIUFFRÈ – 2002

FOREWORD

BY

TULLIO TREVES
Professor of International Law University of Milan

When the Vienna Convention on the Law of Treaties was adopted in 1969, the view became commonly held that the law of reservations, set out in articles 19 to 23, had been codified, and in some aspect progressively developed, in a satisfactory way which would last for a long time. The fact that the Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International organizations and between International organizations of 1986 repeated the rules of 1969 strengthened such view. In 1989, when the discussions on the programme for the United Nations Decade of International Law started, proposals to re-examine, in the framework of that programme, certain aspects of the law of reservations, were rejected as most delegations continued to hold the opinion that the rules of the Vienna Conventions were sufficient, and that they were not to be tampered with.

Yet many aspects of the law of reservations have been developing during the decades since 1969. Because important Conventions, such as the United Nations Convention on the Law of the Sea, do not permit reservations while allowing for declarations, the borderline between reservations and declarations has become often difficult to draw. Some provisions of the Vienna Conventions have proven problematic for interpreters: it seems difficult, for instance, to distinguish between the effect of an objected reservation, without the objecting State stating its opposition to entry into force of the treaty between itself and

State making the reservation, and the effect of accepted reservations. In the area of human rights, especially because of the action of the United Nations bodies and of the Courts competent for the application of the relevant instruments, peculiar practices, diverging from the Vienna Convention, have developed. Moreover, from the outset, certain aspects of the law of reservations as codified in the Vienna Convention have created difficulties when the question of their applicability to private law and private international law conventions arises.

It is consequently easy to understand that in 1993 the General Assembly endorsed the proposal that the International Law Commission include in its program of work the topic: ''The law and practice relating to reservations to treaties''. Albeit under the assumption, clearly set out in General Assembly Resolution 50/10, that there should be no change in the provisions of the Vienna Conventions on the Law of Treaties, and with the modest objective of adopting ''guidelines'' of unspecified legal nature, reservations were once again the subject of painstaking study and discussion within the International Law Commission (under the guidance of the Special Rapporteur, Professor Alain Pellet), the General Assembly of the United Nations, and the community of international law scholars.

These developments prompted also Italian scholars to take up the study of the law of reservations. Three important monographs have been published by Italian scholars of the new generation: in 1996, Rosario Sapienza's book on ''Unilateral interpretative declarations and international treaties'', in 1997 Luigi Migliorino's book on ''Objections to reservations in international treaties'' and, in 1999, Roberto Baratta's book on the ''Effects of reservations to treaties'' (1).

Moreover, a collective research endeavour was promoted by the Legal Adviser of the Italian Foreign Ministry, Professor Umberto Leanza, in co-operation with the present writer. The objective of this research endeavour, which was greatly helped by a grant of the Italian Ministry for University and Scientific Research, was that of focussing on the newest developments, al-

(1) R. SAPIENZA, *Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali*, Milano, 1996; L. MIGLIORINO, *Le obiezioni alle riserve nei trattati internazionali*, Milano, 1997; R. BARATTA, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, Milano, 1999.

so, but not exclusively, with the purpose of building a scientific basis concerning the Italian position on the subject at the United Nations as well as within other international law fora.

The six studies collected here are the product of the research effort of the team of young scholars directed by the present writer at the University of Milan, within the project directed by Professor Leanza. Most of the newest aspects of the subject emerge from these studies: from the work of the International Law Commission and the concerns it raises, to the difficulties in the application of the provisions of the Vienna Convention in various fields, in particular as regards human rights and private international law conventions, to the questions concerning the legal definition and effects of declarations.

These essays should be seen, ideally, together with the already mentioned book on objections to reservations by Luigi Migliorino. This book is part and parcel of this collective research endeavour, of which it may be seen as the first result. Luigi Migliorino was supposed to play a key role in the continuation of the project. His untimely death has prevented us to benefit of his wisdom and his scholarly experience on the subject.

On 24 April 2001 the six studies published here were presented to the public and discussed in a scholarly meeting in memory of Luigi Migliorino. The meeting took place at the University of Brescia, where he had held his teaching (2).

We dedicate this collection to the memory of this unforgettable colleague and friend.

---

(2) M. Frigessi di Rattalma (ed.), *Primo incontro di studio in memoria del Prof. Luigi Migliorino*, Brescia, 2002.

THE RESUMED CODIFICATION OF THE LAW OF RESERVATIONS TO TREATIES

BY

ATTILA TANZI
Professore straordinario nell'Università di Verona

SUMMARY: 1. Introductory remarks. — 2. The relation of the ongoing work to previous achievements in the field. — 3. The scope of the current work on the topic by the International Law Commission. — 4. The form of the final output of the work on the topic in light of the powers and role of the International Law Commission. — 5. Concluding remarks.

1. The General Assembly of the United Nations through the International Law Commission (ILC) has repeatedly focused on the topic of reservations to treaties in its efforts for the codification and progressive development of international law. This was done within the framework of the exercises which led to the *Vienna Conventions (VC) on the Law of Treaties of 1969 and on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations* of 1986, as well as in connection with the *travaux préparatoires* of the *Vienna Convention on the Succession of States in respect of Treaties* of 1978.

Interestingly enough, also within the context of the topic of the law of treaties, the subject of reservations received separate treatment by the Commission on a priority basis upon special request by the U.N. General Assembly in 1950. This was in connection with the debate on reservations to the *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (1) which led the following year to the well known advisory opinion of the

(1) In the same resolution 478 (V) of 16 November 1950 in which it requested an advisory opinion by the International Court of Justice on the matter the General Assembly also invited the Commission: "*a*) In the course of its work on the codification of the law of treaties, to study the question of reservations to multilateral conventions both from the point of view of codification and from that of the progressive development of international law; to give priority to this study and to report thereon, especially as regards multilateral conventions of which the Secretary-General is the depositary, this report to be considered by the General Assembly at its sixth session; *b*) In connection with this study, to take account of all the views expressed during the fifth session of the General Assembly, and particularly in the Sixth Committee".

International Court of Justice (2). The ILC produced a final report (3) which was endorsed by the General Assembly in resolution 598 (VI) of 12 January 1952, followed by resolution 1452 (XIV) of 7 December 1959. I shall revert to the contents and significance for our purposes of those resolutions in due course.

The end-product of the above exercises, with special regard to the three relevant Vienna Conventions, can hardly be considered unsuccessful with specific regard to the topic of reservations. Nonetheless, the practice of States and of international organisations, particularly when acting as depositaries, shows that the existing legal regime applicable to reservations leaves room for uncertainties that are often met with conflicting interpretations in international practice (4) and legal literature alike (5).

Against this background, in 1993 the General Assembly endorsed the decision of the ILC to include once again the topic of reservations in its programme of work as separate from other issues of treaty law (6).

After his appointment as Special Rapporteur on this topic in 1994, Professor Alain Pellet started his study work with a quick tempo, making an in-depth recognition of the subject. In doing so he combined his scholarly talents with political sensitivity. In his first report of 1995 he rightly identified the question of the permissibility of reservations, together with that of the process for its assessment in each given case, as the core issues in the matter (7). In his second report, first introduced in 1966, he tackled directly those questions, paying special attention to human rights treaties. He even proposed a draft resolution on the subject to be addressed to the General Assembly. The draft resolution was turned by the ILC into a set of ''preliminary conclusions''. Despite its cautious contents and the sheer hortatory

---

(2) *I.C.J. Reports* 1951, p. 15.

(3) U.N. Doc. A/1858 (A/6/9), Ch. II, in Y.I.L.C., vol. II, 1951.

(4) See A. PELLET, *First Report on the Law and Practice Relating to Reservations to Treaties*, 1995, U.N. Doc.4/CN.4/470, para. 160.

(5) See *ibidem*, p. 47 and footnote 217. For specific reference to State practice at variance with the very Vienna régime, see G. GAJA, *Unruly Treaty Reservations*, in *Le droit international à l'heure de sa codification. Etudes en l'honneur de Roberto Ago*, vol. I, Milano, 1987, pp. 307 ff., especially at 310-313.

(6) G.A. res. 48/31.

(7) See *supra* footnote 4, at paras. 97 ff.

nature of the text, it was received with mixed feelings by the Sixth Committee, reviving age old divergences among delegations on what appears to be the crux of the matter (8). Since then, irrespective of the amount of work produced by the Special Rapporteur, the Commission has slowed the pace of its action on this topic. This is all the more apparent in light of the estimate made by the Special Rapporteur in 1996 to the effect that the task could be completed within four years, aiming at the adoption on first reading of a ''guide to practice'' in this field by 1999, at the Commission's fifty-first session (9).

There may well be technical reasons pertaining to the ILC programme of work for the slow progress that the Commission is making on this topic. One should certainly consider the time constraints in relation to the Commission's heavy workload. Already in 1996 it was unable to consider fully the Special Rapporteur's second report since for the greatest part of the time allotted to it the Commission was occupied with the completion of the draft Code of crimes against the peace and security of mankind and with the adoption on first reading of a set of 60 draft articles on State responsibility (10). The following year the same report had to be re-introduced and considered anew, due to the change of the composition of the Commission since the elections of 1996 (11). In 1998, apparently due to lack of time, the Commission did not complete consideration of the Special Rapporteur's third report (12). In the year 2000, again due to alleged time constraints, the Commission deferred consideration of

---

(8) See the *Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its fifty-second session prepared by the Secretariat* (U.N. Doc. A/CN.4/483), pp. 9 ff.

(9) A. PELLET, *Second Report* (U.N. Doc. A/CN.4/477 and Add.1 and A/CN.4/478), para. 54.

(10) *Report of the International Law Commission on the work of its forty-eigth session*, 1996 (U.N. Doc. A/51/10).

(11) *Report of the International Law Commission on the work of its forty-ninth session*, 1997 (U.N. Doc. A/52/10).

(12) *Report of the International Law Commission on the work of its fiftieth session*, 1998 (U.N. Doc. A/53/10).

the second part of the fifth report of the Special Rapporteur (13).

Apart from the time frame of the Commission's work on the topic, it is a matter of fact that since 1998 the focus of its study has shifted away from the core issues. One has the impression that the same divergences among delegations on those issues that account for the ambiguities and gaps in the legal regime on reservations of the Vienna Conventions, particularly on the question of the permissibility of reservations, persist to-day despite the political changes occurred since the adoption of those Conventions.

The present article is confined to a general overview of the resumed work of the ILC on the present topic since 1995. A few comparative considerations on the *travaux péparatoires* of the Vienna Convention on the law of treaties will necessarily be made. The basic aims of the Commission's work in this area will be considered in relation to the major difficulties that it is facing on the very key issues of the topic. Inevitably, the main focus will be on the compatibility test set out in Article 19 (c), and on the process by which it is applied. Finally, special consideration will be given to the form that the output of the ongoing exercise is seemingly going to take in relation to the more general issue of the role and powers of the ILC on the codification and progressive development of international law.

2. One of the most apparent features of the work of the Commission on reservations to treaties all along is the radical change undergone by the general rules in this field since its inception. One can comfortably maintain that, with specific reference to the key issue of the admissibility and validity of reservations not explicitly permitted by the text of a given treaty, the Commission's work has been both instrumental in that change and evidentiary of it. The Commission's role was fulfilled in conjunction with the authoritative statement of the International Court of Justice in its advisory opinion of 1951 (14) and, neces-

---

(13) *Report of the International Law Commission on the work of its fifty-second session*, 2000 (U.N. Doc. A/55/10).

(14) See *supra* footnote 2.

sarily, with the positions of the governmental representatives in the Sixth Committee of the General Assembly and in the relevant Vienna Conferences.

It may be recalled that in 1950, only a few months before the International Court of Justice rendered its advisory opinion, the Commission felt that the governing general rule on the admissibility of reservations was that of unanimity. Namely that "a reservation requires the consent of all parties to become effective" (15).

Consistently with this approach the Commission was basically critical of the Court's opinion (16). However, it avoided a direct clash with the latter maintaining that the Court's argument on the admissibility of reservations to the Genocide Convention would not apply as a general rule to the admissibility of

---

(15) *Official Records of the General Assembly, Fifth session, Supplement No. 12* (A/1316), para. 164. However, the Commission left the door open to the possibility for it to reconsider the matter, most probably in view of the fact that the International Court of Justice was about to render its advisory opinion. To that end, it further stated that "the application of th[is] principle[...] in detail to the great variety of situations which may arise in the making of multilateral treaties was felt to require further consideration". As a matter of fact, the Commission had then adopted the rule of unanimity without challenging the absolute terms in which it had been expressed by the then Special Rapporteur Brierly in draft article 10, par. 3, according to which "[t]he acceptance of a treaty subject to a reservation is ineffective unless or until every State or international organization whose consent is requisite to the effectiveness of that reservation had consented thereto" (Y.I.L.C., 1950, vol. II, p. 240). See the short discussion with which the Commission endorsed the unanimity principle proposed by the Special Rapporteur *ibidem*, vol. I, pp. 90-97.

(16) See Y.I.L.C., 1951, vol. I, pp. 159-213 and 366-394. See the strongly critical memorandum of Georges Scelle which was circulated in the Commission as a working document (*ibidem*, vol. II, pp. 2326). In its final report (see *supra* footnote 3) on the separate study of the subject of reservation requested by the General Assembly in 1950 (see *supra* footnote 1), the Commission stated that "[...] the criterion of the compatibility of a reservation with the object and purpose of a multilateral convention, applied by the International Court of Justice to the Convention on Genocide, is not suitable for application to multilateral conventions in general. It involves a classification of the provisions of a Convention into two categories, those which do and those which do not form part of its object and purpose. It seems reasonable to assume that, ordinarily at least, the parties regard the provisions of a convention as an integral whole, and that a reservation to any of them may be deemed to impair its object and purpose" (Y.I.L.C., 1951, vol. II, p. 128).

reservations to multilateral treaties (17). In much the same vein, the General Assembly followed a two-tier approach to the matter in its resolution 598 (VI) of 12 January 1952. On the one hand, it requested the Secretary-General in its depositary functions ''to conform his practice to the advisory opinion of the Court of 28 May 1951 [i]n relation to reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide'' (18). In doing so, it refrained from touching in any way upon the merits of the Court's findings. On the other hand, with respect to any other multilateral treaty, the Commission confined itself to requesting the Secretary-General ''[t]o continue to act as depositary in connection with the deposit of documents containing reservations or objections, without passing upon the legal effect of such documents [...]'' (19). This ''non-decision'', as the incumbent Special Rapporteur has defined it (20), was reiterated by the General Assembly in 1959, when the problem surfaced anew in connection with the declaration made by India on the occasion of the deposit of its instrument of acceptance of the Convention on the Intergovernmental Maritime Consultative Organization (21).

For a number of years after the advisory opinion of the International Court of Justice, the ILC, working on the law of treaties, has maintained the view prompted by its Special Rapporteurs, Sir Hersch Lauterpacht and Sir Gerald Fitzmaurice, that the unanimity rule still reflected the state of general customary law on the subject (22). At the same time, the view was al-

---

(17) See *supra* footnote 16.

(18) Lett. *a*).

(19) Lett. *b*). As a matter of fact, the debate in the Sixth Committee showed sharp divergences among delegations on the matter, so much so that resolution 598 was adopted by 23 votes to 18, with 7 abstentions (see U.N. doc. A/C.6/SR.264 to 278; A/2047, pp. 9-12).

(20) See *supra* footnote 4, at p. 12.

(21) With resolution 1452 (XIV) of 7 December 1959, the General Assembly asked the Secretary-General to follow the same practice with respect to United Nations conventions concluded before, as well as after, its resolution 598 of 1952. See also O. SCHACTER, *The Question of Treaty Reservations at the 1959 General Assembly*, in A.J.I.L., 1960, pp. 372 ff.

(22) Draft article 9 introduced in 1953 by the Special Rapporteur, Sir Hersch Lauterpacht, provided that ''[a] signature, ratification, accession, or any other method of accepting a multilateral treaty is void if accompanied by a reservation

so expressed that the existing law was not satisfactory (23). On the basis of that assumption, corroborated by the indications that had emerged from the delegations in the General Assembly in 1951 and 1952 (24), the Commission continued its drafting exercise, after the election of Sir Gerald to the International Court of Justice in 1961, with a view to promoting what was then considered to pertain to the progressive development of the law.

In 1962, relying on the proposals of the then new Special Rapporteur, Sir Humphrey Waldock (25), the Commission, bolstered by the large majority of delegations in the Sixth Committee (26), finally decided to follow the flexible approach to the matter taken by the World Court ten years before (27). It adopted the criterion of the compatibility with the object and purpose of the treaty for a reservation to be admissible, while leaving it for each contracting party to assess unilaterally such compatibility, either accepting, or objecting to, the reservation. It may be noted that this formula prevailed over several attempts to subject the compatibility test to the collective acceptance of a given reservation by varying numbers of State parties to the treaty (28). The same approach is to be found in Article 19 of the 1969 Vienna Convention, which, therefore, departed at the time from the then traditional customary regulation of the matter (29).

---

or reservations not agreed to by all other parties to the treaty" (Y.I.L.C., 1953, vol. II, p. 91). See also the first report introduced by Sir Gerald Fitzmaurice in 1956, with special regard to draft articles 37 to 40 (*ibidem*, 1956, vol. II, pp. 115-116, 126-127).

(23) See Y.I.L.C., 1953, vol. II, pp. 91-92, 123; *ibidem*, 1954, vol. II, pp. 131-133.

(24) See *supra* footnotes 16 and 17.

(25) See Y.I.L.C., 1962, vol. II, pp. 60-68.

(26) See U.N. doc. A/5287, para. 24.

(27) See Y.I.L.C, 1962, vol. II, pp. 175 ff., especially, 180.

(28) "In the case of general multilateral treaties, the considerations in favour of a flexible system, under which it is for each State individually to decide whether to accept a reservation and to regard the reserving State as a party to the treaty for the purpose of the relations between the two States, outweigh the arguments advanced in favour of retaining a 'collegiate' system under which the reserving State would only become a party if the reservation were accepted by a given proportion of the other States concerned" (*ibidem*, p. 180).

(29) This formula underwent a number of drafting refinements and amen-

The fact that in 1993 the ILC reverted to the issue of reservations to treaties with the endorsement of the General Assembly is certainly not to be attributed to that departure as such. For no one has advocated a return to the pre-existing regime of the inadmissibility of reservations not expressly permitted in the negotiated text unless unanimously accepted by the States parties. Even less so, has it been maintained that the unanimity rule remains the governing regime at the customary level with which the Vienna regime would therefore be at variance. As stressed by Professor Pellet on the basis of a thorough research of the international practice and authorities, "even if the Vienna Convention was an exercise in progressive development with regard to reservations, the rules established by article 2, paragraph 1 (d), and articles 19 to 23 have now acquired customary force" (30).

Accordingly, the Special Rapporteur has made the point that this exercise should build on the relevant provisions of the 1969, 1978 and 1986 Vienna Conventions, rather than questioning them (31). This attitude was fully shared in principle both by the ILC (32) and by the Sixth Committee (33), and it bore

---

dments in 1965 and 1966 (Y.I.L.C., 1965, vol. I, pp. 143-178, 263-273 and 283-285; *ibidem*, pp. 15, 45-56; *ibidem*, 1966, vol. I, Part Two, pp. 292 and 326. See the thorough account in the first report of Professor Pellet, *supra* footnote 4 at pp. 16-27) and during the Vienna Conference in 1968 and 1969 (United Nations Conference on the Law of Treaties, Official Records, Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Committee of the Whole, First Session, 26 March-24 May 1968, pp. 106-138; *ibidem*, Second Session, pp. 1-44, 179-180, 22O-221. See also Documents of the Conference, Reports of the Committee of the Whole, doc. A/CONF.39/14, pp. 111-113 and 132-142, and doc. A/CONF.39/15, pp. 239-240. See also Professor Pellet's First Report, *supra* footnote 4, pp. 27-32).

(30) *Ibidem*, p. 72. However, it is questionable whether the provision for tacit acceptance set out in Article 20(5) reflects customary law (see A. AUST, *Modern Treaty Law*, Cambridge, 2000, p. 116).

(31) See *supra* footnote 4, at pp. 76 f.

(32) "All members shared the view of the Special Rapporteur that there was no reason, in principle, to reopen the text that had emerged from the 1969 Vienna Conference. They agreed that the Commission should simply try to fill the gaps and remove ambiguities while retaining the versatility and flexibility of the key articles of the 1969, 1978 and 1986 Vienna Conventions" (*Report of the International Law Commission on the work of its forty-seventh session*, 2 May-21 July 1995, G.A.O.R., Fiftieth Session, Supplement No. 10 (A/50/10), p. 249. It may also be noted that "however, a few members expressed some doubts as to the possibility of preserving in their entirety the existing rules" (*ibidem*).

(33) This was also the conclusion drawn from the discussions in the Sixth

heavily on the decision as to the final format of the end-product of this exercise. However, the case can be made that this apparently minimalistic and pragmatic approach cannot circumvent the basic difficulties of the present exercise on its core issues, as we shall see below in relation to the definition of its scope.

3. As to the scope of the resumed exercise under consideration, in his first report the Special Rapporteur summed up his problematic overview of the topic identifying a list of seventeen questions, stressing that they were not covered by the Vienna Conventions (34). By doing so the Special Rapporteur, and later

---

Committee by the Special Rapporteur himself (U.N. Doc. A/C.6/53/SR. 20, p. 11). See, in particular the statements of the representatives of Brazil (U.N. Doc. A/C.6/50/SR.21, p. 16) and Lebanon (*ibidem*, SR.25, p. 5) at the fiftieth session of the General Assembly; of Slovenia (U.N. Doc. A/C.6/51/SR.38, p. 5) at the fifty-first session; of Algeria, Iran (U.N. Doc A/C.6./53/SR.20, respectively, pp. 3 and 9), Egypt (*ibidem*, SR.22, p. 3), France (*ibidem*, SR.16, p. 10), Sweden on behalf of the Nordic Countries and Pakistan (*ibidem* SR.17, respectively, pp. 2 and 5) at the fifty-third session; of the Russian Federation (U.N. Doc. A/C.6/54/54/SR.26, p. 7), and Kuwait (*ibidem*, SR.28, p. 9) at the the forty-eigth session.

(34) Those questions are as follows: "*i*) Is it legitimate to speak of reservations to a bilateral treaty? *ii*) If so, are those reservations subject to a special legal regime? *iii*) In what respect(s) does an 'interpretative declaration' differ from a reservation? *iv*) Is an 'interpretative declaration' one which in fact corresponds to the definition of reservations subject to the legal rules applicable to reservations? *v*) What are the legal effects of a 'genuine' interpretative declaration? *vi*) And, more generally, to what legal regime are such declarations subject? *vii*) Does the formulation of a reservation to a treaty that has not yet entered into force have an effect on that entry into force when the treaty makes such entry into force conditional on an expression of consent to be bound by its provisions on the part of a minimum number of States or international organizations? *viii*) What legal regime is applicable to reservations when a succession of States takes the form of the creation of a newly independent State formed from two or more territories or in the case of unification of States? *ix*) May contracting States formulate an objection to the maintenance of a reservation of the predecessor State by the successor State, *inter alia*, when the reservation appears to them to be incompatible with a new reservation introduced by the successor State? *x*) What is/are the legal regime or regimes applicable to objections to reservations in the context of a succession of States, irrespective of the form it takes? *xi*) Should the specific object of certain treaties or treaty provisions lead to a change in the rules applicable to the formulation and to the effects of reservations and objections? *xii*) What rules, other than the very general indications given in article 20, paragraph 3, are applicable to reservations to constituent instruments of international organizations? *xiii*) Are the rules

the Commission, intended to be consistent with their basic premise that the achievements of the relevant Vienna Conventions should be preserved. In its ensuing work, however, the Commission and its Special Rapporteur could not avoid addressing the delicate balance reached in some of the crucial provisions on reservations contained in the Vienna régime. There seems to stand the major stumbling-block in the ongoing exercise against the chances for the ILC to make effective and comprehensive achievements in this area.

Paradoxically, that the Commission was on a collision course with the delicate normative setting of the Vienna Conventions was inherent in the apparently cautious goal set by the Commission itself that it ''should simply try to fill the gaps and remove ambiguities while retaining the versatility and flexibility of the key articles of the 1969, 1978 and 1986 Vienna Conventions'' (35). With due respect, one has the impression that this is very close to claiming the best of both worlds (36).

As recognised by the Special Rapporteur himself, it is precisely the ambiguity of the core provisions on reservations contained in those Conventions that accounts for their ''versatility and

---

on reservations appropriate for international human rights instruments? *xiv*) If not, how should they be adjusted in order to take account of the specific characteristics of such instruments? *xv*) Is a reservation to a provision codifying a customary rule of international law admissible? *xvi*) If so, what would be the effects of such a reservation? *xvii*) If not, how is one to distinguish a reservation to a codifying rule from a reservation to a peremptory rule of general international law?'' (see *supra*, footnote 4, para. 124).

(35) ILC Report 1995 (U.N. Doc. A/50/10), p. 249.

(36) This consideration is confirmed by the rather circular language with which the Special Rapporteur summarised the position of the Commission on this point. On the one hand, he stated that the Commission decided that it ''must ensure that the draft articles which it will eventually adopt conform in every respect to these provisions, with regard to which it should simply clarify any ambiguities and fill in any gaps'' (Second Report, *supra* footnote 9, p. 11). On the other hand, he felt the need to add in a footnote that ''the Commission also considered that the arrangements which it had adopted, including the steps to preserve what had been achieved, 'should be interpreted with flexibility' and that, 'if it felt that it would have to depart from them substantially, if would submit new proposals to the General Assembly on the form the results of its work might take' [...], which implies that if there is a pressing need, it could suggest that some of the rules articulated in the 1969, 1978 and 1986 Conventions should be reconsidered'' (*ibidem*, footnote 87).

flexibility" and that, most importantly, made them acceptable to the States parties to the Vienna Conventions. The main question is precisely whether the major changes occurred on the international landscape ever since — *viz*, the completion of the process of decolonization and the end of the cold war — may be conducive to general agreement among States on formulas that do away with that ambiguity. Were one to answer in the affirmative, the next question would be whether any such formula would not derogate from the relevant Vienna Conventions.

The thorough research of international practice and authorities made by the Special Rapporteur, particularly in his first two reports, confirms the view of the overwhelming majority of scholarly writings on reservations that the key issue of the topic remains that of the permissibility of reservations when the treaty is silent on the matter, i.e. the compatibility test. Even more crucial appears the question of the rules on the process for assessing the compatibility. This problem is most acute with regard to human rights treaties, due to the non-reciprocal nature of the most characteristic provisions contained in those treaties (37). By the time the ILC was taking up once more the subject of reservations, the human rights treaties-side of the problem came to the fore with the well known General Comment No. 24 of the Human Rights Committee of 1994 (38). This bore considerable influence on the plan of work of the Commission on the present topic.

If there was a need for the ILC to embark, once again, on a study of this topic, this could be that of assessing whether, under the new political climate of the early 90s, States were prepared to accept a formula that would undo the Gordian knot that ties up the objectivity underlying the compatibility test with the subjectivity of the process by which it is applied under the Vienna régime. Looking at the ongoing work of the ILC under the influence of the mixed reactions in the Sixth Committee, the answer seems to be in the negative.

---

(37) See, for an overview of the problem and a widely argued claim for a special reservation régime for human rights treaties, W. SCHABAS, *Reservations to Human Rights Treaties: Time for Innovation and Reform*, in Can.Y.I.L., 1994, pp. 39 ff. More recently, see R. BARATTA, *Should Invalid Reservations to Human Rights to Human Rights Treaties Be Disregarded?*, in E.J.I.L., 2000, pp. 413 ff.

(38) I.L.M., 1995, pp. 8 ff.

The Special Rapporteur, particularly in his first report, appropriately gave priority to the compatibility test (VC Art. 19, lett. *c*) and to the process by which it is applied. This seems most appropriate since this issue is crucial in relation to the effects of reservations and of acceptances and objections thereto. At least, this would be so with regard to reservations allegedly clashing with the object and purpose of the treaty. For, according to the ''objectivist'', or ''permissibility'', school, a reservation of this kind is void. Were agreement to be found on an objective mechanism for the assessment of the permissibility, or invalidity, of reservations, this would do away with most of the uncertainties inherent in the process of application of the compatibility test under VC Arts. 20, par. 4, and 21.

In line with the approach according to which the main goal of the whole exercise is to ''remove ambiguities'' from the relevant Vienna Conventions, the number one question might seem to be precisely whether VC Arts. 20 and 21 apply also to prohibited reservations. Following a contextual interpretation of the Vienna Convention, this might seem to be a moot question. Art. 21 on the effects of reservations and of objections to reservations operates only with regard to ''established reservations''. An impermissible reservation under Art. 19 is not an established reservation. Therefore, any such reservation, having no legal effects under Art. 21, should be invalid. This régime involves no problems with regard to impermissible reservations under Art. 19, letts. *a*) and *b*). But when it comes to the application of this régime to a reservation allegedly clashing with the object and purpose of the treaty under Art. 19, lett. *c*), Art. 20, par. 4, falls short of the objectivity factor underlying in principle the legal concept of validity. Accordingly, this kind of reservation may have at the same time different legal effects vis-à-vis different State parties to the treaty, since they may substantiate their objection to the reservation, or their acceptance of it, according to their unilateral appreciation of whether the reservation passes, or fails, the compatibility test. This ''unclear'' regulation is ''clearly'' set out in the Vienna Convention. Therefore, the latter can not be said to be ambiguous on the matter, but its application gives rise to ambiguities and uncertainties. Those ambiguities bear directly on the effects of reservations.

This régime appears to have been purportedly set out as it

is, as the only feasible compromise at the time between the delegations following the objectivist approach of the ''permissibility'' school, on the one hand, and those in favour of a subjectivist approach according to the ''opposability'' school. Therefore, any formula providing for an objective interpretation of the compatibility test by a third party would now require amending the Vienna Conventions (39). Though, even if a significant support were to be found in the G.A. that favoured amending the Vienna Conventions, this would involve the counter-indications concerning the application of successive treaties relating to the same subject-matter that we shall see below. The fact is that the debate in the Sixth Committee (40) and in the ILC itself (41) show that much the same divergences existing at the time of the Vienna Conference prevent today cajoling general agreement even on a non-binding text stating that a third party application of the compatibility test is advisable. This became evident when, in 1996, an attempt to that effect was made by the Special Rapporteur submitting to the ILC a draft-resolution on the matter (42). Despite its mild terms and the fact that it was basically confined to human rights treaties, the Special Rapporteur's proposal was re-formatted by the ILC into a set of preliminary conclusions, so as to reduce even more the hortatory effect of the document (43). This was carefully drafted so as not alter in any way the existing régime under the Vienna Convention, which is clearly upheld in points 1-3 of the document (44). Especially, in point 3 the Commission made the general statement that this is a régime suitable to human rights treaties on a par with the ge-

---

(39) The statement by the Lebanese representative in the Sixth Committee in 1995 was particularly telling on this point. He stated that ''the consent of States to be bound by treaty provisions remained a basic principle. It was for that reason that the rules concerning reservations set forth in the Vienna Conventions of 1968, 1978 and 1986 could not be called in question, even if it sometimes seemed essential to complement or clarify them'' (U.N. Doc. A/C.6/50/SR.25, para. 20, p. 5).

(40) See the *Topical summary of the discussion held in the Sixth Committee of the General Assembly during its fifty-second session prepared by the Secretariat*, in U.N. Doc. A/CN.4/483, paras. 61-93, pp. 9-12.

(41) See *infra*, footnotes 42 and 43.

(42) See its full text in Y.I.L.C, 1996-II, Part Two, p. 83, footnote 238. See also the debate in the Commission (*ibidem*).

(43) See its full text in Y.I.L.C, 1997-II, Part Two, p. 57.

(44) *Ibidem*.

nerality of multilateral treaties. However, in point 4 the Commission expressed the consideration that ''the establishment of monitoring bodies by many human rights treaties gave rise to legal questions that were not envisaged at the time of the drafting of [the Vienna Conventions], connected with the appreciation of the admissibility of reservations formulated by States'' (45). On that score, in point 5 the ILC expressed the view that, failing provisions on the admissibility of reservations in those treaties, ''the monitoring bodies thereby established are competent to comment upon and express recommendations [on the subject]'' (46). In doing so, the Commission clearly avoided language favouring any binding authority to the findings of those bodies, unless this power was expressly provided for by the treaty under which they have been established (47). Despite this cautious statement of fact, which falls short of attributing any binding value to the appreciation on the subject by monitoring bodies, *ex abundante cautela* the Commission felt the need to add a saving clause stressing that the above would in no way alter the unilateral approach to the admissibility of reservations, based on the individual appreciation of each contracting party, under the Vienna régime (48).

The ''preliminary conclusions'', therefore, can well be said to be basically respectful of the consensual approach of the Vienna Convention. On the progressive side, the Commission confined itself to invite States ''to co-operate with monitoring bodies and give due consideration to any recommendations that they may make or to comply with their determination'' (49). Most cautiously, it felt the need to specify that this invitation was subject to the case in which ''such bodies were to be gran-

---

(45) *Ibidem*.

(46) Point 5, (*ibidem*).

(47) This was expressly reiterated in point 8 (*ibidem*).

(48) Point 6 reads as follows: ''The Commission stresses that this competence of the monitoring bodies does not exclude or otherwise affect the traditional modalities of control by the contracting parties, on the one hand, in accordance with the above-mentioned provisions of the Vienna Conventions of 1969 and 1986 and, where appropriate, by the organs for settling any dispute that may arise concerning the interpretation or application of the treaties'' (*ibidem*).

(49) Point 9, (*ibidem*).

ted competence to that effect'' (50). That is to say that the Commission made purportedly its invitation totally subservient to the consent of States.

In spite of the caution and legal-diplomatic skills of the ILC in drafting its ''preliminary conclusions'', so careful in upholding the consensual approach of the Vienna régime, the reaction of the Sixth Committee to this document was mixed, if not controversial (51). This lack of general agreement can well be said to amount to a red light with respect to any serious action aimed at clarifying the uncertainties left open by the Vienna régime on the application of the compatibility test, even if only confined to human rights treaties.

In order to fully appreciate the stakes at issue, two opposite policy considerations may be made with regard to the retention of the uncertainties inherent in the Vienna Convention régime, particularly in the field of human rights. The practice generally followed by most Islamic Countries, and by the United States, when ratifying a human rights convention may be illustrative. Those Countries usually formulate a general reservation to the effect that they will not be bound by any provision of a given Convention insofar as it clashes with Islamic laws, or with the United States Constitution. Against the existing Vienna regulation one may point to the fact that, particularly when the *Sharià* law is patently incompatible with a consistent number of provisions of such a convention as is often the case, the uncertainties of the Vienna régime allow for those Countries to boast with the media and civil society that they are parties to the convention, while it is certain that their reservations will allow them to legally disregard most of the provisions that are part and parcel of the object and purpose of that convention. Were there an objective permissibility test, this kind of reservations would not be admissible and therefore would be declared invalid. Faced with the prospect of their reservations being declared invalid for failing the compatibility test, most of those Countries would not ratify human rights conventions. This would prevent them from abusing their participation in those treaties for sheer propaganda reasons.

---

(50) *Ibidem*.

(51) See *supra* footnote 40, at paras. 64-89, p. 9.

The opposite policy argument could also be made, still with a view to promoting the cause of human rights. Namely, that the uncertainties in the existing régime as to the permissibility of the kind of reservations under consideration will not deter those Countries from ratifying such conventions. This would ground the legitimate expectation by the public at large that the most important provisions of those conventions be abided by all State parties. At the same time, a consistent number of objections to those reservations claiming the incompatibility of the latter with the object and purpose of the convention, if duly publicised, would expose to the public at large the inconsistency of similar ratifications. This attitude might also exert pressure on those States to interpret their reservations restrictively, or not to rely on them at all, or, eventually, to withdraw them under VC Art. 22 (52).

The practice followed in this area by a number of Western Countries, mostly European, might be inspired by considerations close to the latter argument. This is particularly so when those Countries object to the kind of reservations in point stating that their objection is not meant to preclude the entry into force of a given convention between them and the reserving State. In the event in which the reserving State held on to its reservation and infringed the provisions to which the reservation relates, the ambiguity of VC Art. 21, par. 3, may add to the argument in favour of admitting the participation to human rights treaties of reserving States whose reservations are to be considered incompatible with the object and purpose of a given Convention. This provision could be interpreted to the effect that the objecting State which has not opposed to the entry into force of the convention between itself and the reserving State may still have some room for engaging the responsibility of the State which has infringed a rule of the Convention on the assumption that the latter is not binding on it because its reservation. The

(52) After appropriately recalling as a matter of course that ''a flexible regime [on reservations] tends to increase the number of parties to multilateral agreements'', professor Roberto Baratta suggested that ''[a] partial acceptance of a human rights treaty may sometimes be favourably considered in view of inducing the reserving state at a later time to widen the consent originally given to the treaty'' (*supra* footnote 37, at 425).

case can be made that the claimant could argue on the ''extent'' of the reservation relating to the provision which has been infringed. Though, it seems that this interpretative approach would be more tenable in terms of the political legitimacy of the claim, rather than on strictly legal grounds (53). A stringent interpretation of Art. 21, par. 3, would militate in favour of the argument against the appropriateness of a policy aimed at encouraging the ratification of reserving States whose reservations are questionable in relation to the compatibility test. According to this interpretation the objecting State would be legally prevented from lodging a claim against the alleged violation of a provision in relation to which the other State has formulated a reservation whose compatibility with the object and purpose of the treaty is questionable. One would feel inclined to consider that this limitation would not apply when the provision breached codifies a customary rule of international law (54).

Be that as it may, since the mixed response by the Sixth Committee to the ''preliminary conclusions'' of the ILC, the latter has proceeded its study of the matter keeping distant from its core issues and adopting provisionally about thirty draft-articles bearing on the definition of reservations and interpretative declarations (55). A different attitude by the Sixth Committee vis-à-vis the ''preliminary conclusions'' would have encouraged

---

(53) As put it by Paul Reuter, ''following the Vienna system, acceptance of a reservation renders the provisions concerned applicable as modified by the reservation, whereas the same provisions are made inoperative by objection but only to the extent of the reservation: whatever subtle distinction a court might possibly draw between a partly applicable and a partly inapplicable provision, the difference would surely be a small one'' (*Introduction to the Law of Treaties*, 2nd ed., London-New York, 1995, pp. 83).

(54) This is one of the questions not covered by the Vienna Conventions which the Special Rapporteur has identified as worth being studied by the Commission in due course (see *supra* footnote 34).

(55) See *supra*, footnote 13. Besides the definitional label of those guidelines, quite a number of them bear on the substance of legal regulation, a matter which does not make them a matter of course. This has not escaped the delegations in the Sixth Committee. A good example is given by the UK delegation. In 1998, Sir Franklin Berman expressed the hesitations of his delegation about the ''definitional exercise'' of the Commission. He expressed the view that this exercise ''contained the hidden trap of presuming that because something had been defined, therefore it existed in a legally relevant sense. Some caution might be due, for example, as to whether so-called 'interpretative declarations' were really a se-

the Commission to tackle more expeditiously the core issues of the matter with special regard to the legal effects of reservations. One has the impression that the ILC is now temporising with a view to postponing being confronted again with the compatibility test issue when dealing with the legal effects of reservations and objections to them (56). On the other hand, by devoting more than three years to adopt more than thirty guidelines on the definition of reservations and interpretative declarations, the ILC has set standards of thoroughness and detail that may be difficult for it to live up with in its future work on other no less important issues of the topic.

4. The decision as to the final form of the end-product of the ILC exercise on a given topic, is normally made at its end. Members of the ILC and delegations usually wait to see the contents of the final draft of the Commission before taking a stand on this matter. In our case, the Commission, upon recommendation by the Special Rapporteur, has tackled the issue at the outset of its work. A near-consensus emerged in the Commission (57), as well as in the Sixth Committee (58), to the effect

---

parate legal category or just a convenient portmanteau reference for statements that did not amount to reservations. There was also a question as to how far solving the conundrum of whether 'intepretative declarations' had legal effect of any kind (and if so what) was a necessary part, or at least a priority part, of what the General Assembly had asked the Commission to do. The exercise did seem to have flashed out one or two points of importance, but they were points of legal substance, not of pure definition'' (U.N. A/C.6/53/SR.14, para. 15, p. 4).

(56) See the strong invitation to the ILC to tackle this issue without further delay that came in 1999 from the delegation of Portugal to the 6th Committee. After praising the first chapter of the Commission's Guide to practice, it stated that ''[t]he next step was to deal with another aspect of the subject requiring urgent clarification: the effects of inadmissible reservations'' (U.N. Doc. A/C.6/54/SR.28, para. 90, p. 10). It added that ''[...] it was often unclear which reservations were acceptable and what effect objections had on reservations to treaties'', reiterating that ''[t]he Commission should address this task with urgency'' (*ibidem*).

(57) See *Report of the International Law Commission on the work of its forty-seventh session*, 1995 (U.N. Doc. A/50/10), para. 490, p. 260.

(58) See, especially, the explicit statements of the representatives of Lebanon (*supra*, footnote 39); Slovenia (U.N. Doc. A/C.6/51/SR.38, para. 14, p. 5); Indonesia (*ibid.*, 51/SR.38, para. 30, p. 8); Sweden (*ibid.*, 53/SR.17, paras. 4 and 5, p.

that the final work on the topic would be a set of guidelines, possibly accompanied by model clauses.

This approach calls for some reflections on two basic issues closely intertwined with each other: *a*) the appropriateness of *per se* non-legally binding instruments in the process of codification and progressive development of international law; *b*) the statutory power of the ILC on the matter.

As to the first point, it would be wrong to assume that the exercise under consideration can not bear weight in the general debate on the matter (59) on the assumption that it is a special case; one in which the non-legally binding nature of the form of the final work of the Commission would be the direct consequence of the decision not to amend the Vienna régime. There appears to be in principle a crucial legal argument in this choice of self-restraint by the ILC concerning the scope of the exercise. It has been pointed out in the Commission that the adoption of a legally binding instrument, if not met with near-universal agreement would introduce, at least for a significant period of time, two legal régimes on reservations: one governing the relations between the States bound by the would-be new instruments and one based on the existing Vienna Conventions governing the conventional relations between the parties to the latter only and between them and those States that are also parties to the would-be new instrument on reservations (60). One has respectfully the impression that this argument is, as paradoxical as this may seem, at variance with the rationale of the whole reasoning

---

2); Kuwait (*ibid.*, 54/SR.28, para. 87, p. 9); Slovakia (*ibid.*, 54/SR.26, para. 58, p. 8). See also the implicit support of France (*ibid.*, 53/SR.16, paras. 64 and 65, p. 10) and the USA (*ibid.*, 53/SR.14, para. 52, p. 8).

(59) That on the suitability of non-legally binding instruments for the purpose of effecting the codification and/or progressive development of international law is a long standing debate. Leaving aside the period of existence of the League of Nations in which the issue was debated in the Committee of Experts for the Progressive Codification of International Law, since the establishment of the United Nations, see Sir CECIL HURST, *A Plea for the Codifcation of International Law on New Lines*, in *Transactions of the Grotius Society*, 1946, pp. 135 ff.; Sir HERSH LAUTERPACHT, *Codification and Development of International Law*, in A.J.I.L., 1955, pp. 16 ff.; D.H.N. JOHNSON, *The Conclusions of International Conferences*, in B.Y.I.L., 1959, pp. 1 ff.; B.G. RAMCHARAN, *The International Law Commission*, in *The Hague*, 1977, pp. 73 ff.

(60) Y.I.L.C., 1995, vol. II, Part Two, para. 469, p. 107.

of the very Special Rapporteur, endorsed by the Commission itself and by the Sixth Committee, that this exercise should not introduce changes in the existing régime, but simply clarify its ambiguities and fill its gaps (61). The case has been made here that, since the existing provisions were purportedly couched in such a way as to leave gaps and to make their application uncertain, any significant clarification of the existing régime would *per se* amount to a departure from it (62). Besides, the ILC itself considers that the decision to adopt a set of guidelines with model rules is without prejudice to the possibility to adopt at a later stage a binding instrument (63).

In light of the above, one can comfortably consider the choice to produce a set of guidelines at the end of the exercise on reservations as a relevant indication in the more general debate on the importance of non-legally binding instruments in the codification and progressive development of international law. This choice may evoke the statement made in 1956 by the then Special Rapporteur, Sir Gerald Fitzmaurice, according to whom:

> ''Much of the law relating to treaties is not especially suitable for framing in conventional form. It consists of enunciations of principles and abstract rules, most easily stated in the form of a code; and this has also the advantage of rendering permissible the inclusion of a certain amount of declaratory and explanatory material in the body of the code, in a way that would not be possible if this had to be confined to a strict statement of obligations'' (64).

---

(61) See *supra* footnote 31.

(62) See *supra* text accompanying footnote 39.

(63) In his final summing up of the Commission's debate at its forty-seventh session (1995) the Special Rapporteur drew the conclusion that ''[t]he Commission should try to adopt a guide to practice in respect of reservations. In accordance with the Commission's Statute and its usual practice, this guide would take the form of draft articles whose provisions, together with commentaries, would be guidelines for the practice of States and international organizations in respect of reservations; these provisions would, if necessary, be accompanied by model clauses'' (see *supra* footnote 57, at para. 488, p. 260). Within the majority of members of the ILC who favoured this approach, the view was also expressed that ''at least at the initial stage, [it] would not prejudge the outcome of the final draft; if at a later stage the Commission decided otherwise, it would still be possible to transform the guidelines into a draft protocol or draft convention'' (*ibid.*, para. 471, pp. 256 f.).

(64) Y.I.L.C., 1956-II, p. 107.

Though, while the ongoing work on reservations is geared towards a Guide to practice, the ILC draft articles on the law of treaties were submitted to the Vienna Conference to be negotiated and adopted in the form of a convention. However, those were the days in which a consensual approach to international law-making was virtually inevitable, due to the basic ideological and strategic divisions in the international community at the time of the Cold War and decolonization (65).

Still in 1985 Professor Gaetano Arangio-Ruiz found that "contemporary States are, if possible, more attached to voluntarism than they have ever been in the past" (66). Since then, particularly with the end of the Cold War, as promptly detected by the late Judge Roberto Ago with specific regard to codification (67), the picture has evolved towards a diminution of voluntarism, even though to a lesser degree than it might have appea-

---

(65) According to the Soviet theory of international law, as professor Tunkin put it "[r]ecognition or acceptance by a state of a particular customary rule as a norm of law signifies an expression of a state's will, the consent of a state, to consider this customary rule to be a norm of international law" (*Theory of International Law*, London, 1974, p. 123). On the impact of new States on international law, with special regard to its sources, see among others, CASTANEDA, *The Underdeveloped Nations and the Development of International Law*, in *International Organization*, 1961, pp. 38 ff.; L.C. GREEN, *De l'influence des nouveaux Etats sur le droit international*, in R.G.D.I.P., 1970, pp. 78 ff.; G. DE LACHARRIÈRE, *Le point de vue du juriste: la production et l'application du droit international dans un monde multiculturel*, in *The Future of International Law in a Multicultural World*, Workshop, The Hague, 17-19 November 1983, The Hague-Boston-London, 1984, pp. 67 ff.; R.P. ANNAND, *The Role of Asian States in the Development of International Law*, *ibidem*, pp. 105 ff.; M.L. SARIN, *The Asian-African States and the Development of International Law*, *ibid.*, pp. 117 ff.; A. CASSESE, *The Concept of Law Upheld by Western, Socialist and Developing Countries*, *ibid.*, pp. 317 ff.

Most specifically on the influence of the above landscape towards the codification of international law through international conventions, see R. AGO, *La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation*, in *Recueil d'Etudes de Droit International en Hommage à Paul Guggenheim*, 1968, pp. 93 ff.

(66) This statement was made during a workshop held at the European University Institute in Fiesole (Italy) in early 1985. See its proceedings in A. CASSESE and J.H.H. WEILER (Eds.), *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin-New York, 1988, at p. 102.

(67) *Nouvelles reflexions sur la codification du droit international*, in R.G.D.I.P., 1988-II, pp. 539 ff. (see a slighted amended English version under the title *Some New Thoughts on the Codification of International Law*, in E.G. BELLO and B.A. AJIBIBOLA (Eds.), *Essays in Honour of Judge Taslim Olawale Elias: Con-*

red in the early 90s. While still today a large number of State representatives in international negotiations seem to follow a consensual approach to international law making (68), this is less the case with regard to law assessment by international adjudication, primarily by the ICJ. The latter has, time and again, relied on codification conventions prepared by the ILC before and irrespective of their entry into force, and, more importantly on draft articles of the ILC, even before their final adoption (69). This should be considered in conjunction with the fact that, while the disputing parties before the World Court, or international arbitral tribunals, do not object to this trend of legal reasoning, the number of disputes being brought before the ICJ, or other judicial and arbitral tribunals, is ever increasing (70).

---

temporary International Law and Human Rights, 1992, pp. 35 ff., especially at pp. 60-61).

(68) However, statements are being heard again in the Sixth Committee in favour of codificaton and progressive development through non-legally binding bind instruments, such as guidelines or, model rules. For example, in 1999 in the Working Group of the Sixth Committee on the topic of the *Convention on jurisdictional immunities of States and their property*, as to the possible outcome of the work on the topic, next to a number of delegations in favour of a convention, were those that expressly favoured a model law. The argument was put forward that "[i]t was a flexible instrument that could provide guidance to national legislatures and judicial organs and might facilitate the resolution of the controversial issues still pending. The view was also expressed that, in a less divided world, a model law should not necessarily be perceived as a secondary means of codification, as it could serve as a reflection of customary law on the matter" (*Report of the Chairman of the Working Group*, Prof. G. Hafner, U.N. Doc. A/C.6/54/L.12, paras. 8-9).

(69) See on the point the succint, but penetrating keynote speech by the then President of the ICJ, Stephen M. Schwebel, on *The Influence of the International Court of Justice on the Work of the International Law Commission and the Influence of the Commission on the Work of the Court*, during the *United Nations Colloquium on Progressive Development and Codification of International Law* held in New York on 28-29 October 1997, in *Making Better International Law: the International Law Commission at 50*, New York, 1998, pp. 161 ff. The relevance of the Commission's work for international courts and tribunals through binding and non-binding texts has been tackled extensively also by Sir Kenneth Keith, *The International Law Commission's Work and the Shaping of International Law*, *ibidem*, especially at pp. 295-300 (see also on the Commission's relevance on national legislatures and judiciary, *ibidem*, pp. 291-295). See the thorough survey on this point in *Introduction*, *ibidem*, particularly at pp. 6-12.

(70) See the *Report of the International Court of Justice*, 1 August 1999-31

The above indications — including the decision as to the final form of the exercise under review and, most recently, that to adopt the ILC draft articles on State responsibility as an annex to a General Assembly resolution with a view to reconsidering the issue of the final form some time in the future (71) — all seem to point in the direction foreseen thirteen years ago by Professor Ago, when he stated as follows:

''[I]l n'y a plus aujourd'hui de raisons pour que le droit international abandonne ses structures ouvertes traditionnelles pour se réfugier dans le cadran clos d'un droit entièrement conventionnel. [... U]n vaste horizon s'ouvre encore devant la poursuite, de nos jours, de la codification du droit international. Celle-ci changera vraisemblablement de formes et de méthodes. Elle n'en sera pas moins précieuse pour autant'' (72).

As to the second point raised above concerning the power of the ILC to fulfil the tasks entrusted to it by the General Assembly under Art. 13 of the UN Charter through non-binding instruments, the question arises whether the Commission may do so with regard to areas pertaining to the progressive development of international law. This question arises on the basis of the ILC Statute (73), which provides for a clear-cut distinction between codification (74), on the one hand, and progressive de-

---

July 2000 (G.A.O.R., Fifty-fourth session, Supplement No. 4 (A/54/4)). See a comprehensive treatment of the evolving trend towards a generally less reluctant attitude vis-à-vis international adjudication, as well as on the proliferation of international tribunals, in T. TREVES, *Le controversie internazionali. Nuove tendenze, nuovi tribunali*, Milano, 1999, pp. 6 ff. and 59 ff., respectively.

(71) See A/Res. 56/83.

(72) See *supra* footnote 67 at pp. 573 and 576, respectively. As a matter of fact, this approach was recently echoed and elaborated upon by a number of suggestions tabled during the United Nations Colloquium for the Commission's fiftieth anniversary of 1997: ''While multilateral conventions should remain the principal end result of the Commission's work, the Commission should further develop its recent trend towards modulating the nature of its output and should explore the possibilities offered by the other options''. Among those options, mention was made of ''model treaties; model rules; model laws for adoption at the national level; declarations of principles; restatements of the law; codes of conduct; guidelines; handbook to assist States in applying the law'' (see *supra* footnote 69, at p. 41).

(73) Text amended by General Assembly resolution 36/39 of 18 November 1981.

(74) Arts. 18-24.

velopment, on the other (75). The statute is open as to the final form that the General Assembly may want to give to the ILC draft articles and reports purporting to codify customary international law (76). On the other hand, Art. 15 of the ILC Statute is quite rigid when it provides that ''[...] the expression 'progressive development of international law' is used for convenience as meaning the preparation of draft conventions on subjects which have not yet been sufficiently developed in the practice of States [...]''. Those arguments have even prompted proposals within the Commission itself to change its Statute in order to formally enable it to work on more flexible instruments, also concerning areas in which international practice and *opinio juris* have not consolidated into customary law (77). It would indeed be difficult to find good reasons for preventing the ILC to submit to the General Assembly a set of guidelines or model rules in a field in which customary law has not yet consolidated, let alone the fact that the General Assembly within its general competence is free to adopt the course of action it deems best. As a matter of substance, the fact is that the dividing line between codification and progressive development of international law has always been blurred even with regard to bodies of international law whose customary consolidation is fairly established. The issue of reservations within the body of the law of treaties is exactly a case in point. Consequently, the ILC has followed a flexible approach on this matter and the General Assembly has responded accordingly. As stated by the Commission itself,

> ''[it] has inevitably proceeded on the basis of a composite idea of 'codification and progressive development'. In other words, its work involved the elaboration of multilateral texts on general subjects of concern to all or many

(75) Arts. 16-17.

(76) See *supra* footnote 73. Especially, under Art. 23, the Commission is not just to recommend to the General Assembly the conclusion of a convention, or convening a conference to that purpose, but also to adopt its reports by resolution.

(77) In its report of 1995, focussing on ''Programme, procedures and working methods of the Commission and its documentation'', it stressed that ''[...] the distinctions drawn in articles 1, 15 and elsewhere between codification and progressive development of international law has proved to be unworkable, and the procedure for both should be expressly assimilated'' (*supra* footnote 10, at para. 243, p. 229).

States, such texts seeking both to reflect accepted principles of regulation, and to provide such detail, particularity and further development of ideas as may be required'' (78).

On the side of the progressive development of international law, the ILC has taken action a number of times upon request by the General Assembly that has led to the adoption of documents meant to be of guidance, either in the form of sets articles, or through what amounts to actual pieces of consultation. The Model Rules on Arbitral Procedure of 1958 (79) is an example of the former case. The 1951 ILC conclusions and suggestions on the question of reservations to multilateral conventions, on which the General Assembly based its resolutions 598 (VI) of 1952 and 1452 (XIV) of 1959 (80), are precisely an example of the latter case.

5. In the previous paragraph the relevance has been stressed of the choice to draft a Guide to practice on reservations on the general debate as to the final form that exercises of codification and progressive development of international law could usefully take. However, given the highly controversial nature of this topic among delegations in the Sixth Committee, the decision to pursue the adoption of a non-binding instrument might not be decisive in circumventing the difficulties on the crucial issues that the project would meet were it to subject itself to the parliamentary ratification of States. The lukewarm welcome received by the ILC ''preliminary conclusions'' in the Sixth Committee is a significant indication to that effect. This is all the more regrettable, since at least with regard to human rights treaties, there is a growing trend among scholars and in international practice, in the few third-party instances applying the compatibility test, towards a more objective assessment of the invalidity of non-permissible reservations to treaties (81). One is not advocating a non-governmental process of international law-making. The fact is that the practice concerning monitoring bodies and

(78) *Ibidem*, at para. 158, p. 202.
(79) Res. 1262 (XII) of 14 November 1958.
(80) See *supra* text accompanying footnotes 18, 19 and 21.
(81) See *supra* footnote 37.

the few judicial organs in the field shows that States are more prepared to accept — even though reluctantly and on a case-by-case basis — an objective application of the compatibility test than they are if asked to as a matter of principle in the negotiations even of a non-biding instrument.

It has been recently stated that "the work of the Commission [on the topic of reservations] is likely to take many years to complete, the most difficult problems having not been addressed" (82). One would feel inclined to subscribe to this statement, adding the impression that on the key issues of the topic a large number of delegations in the Sixth Committee are not prepared to go much further then they went in the relevant Vienna Conventions. What is more, the results achieved in those Conventions on the compatibility of reservations and the assessment thereof, basically reflected the position taken by the General Assembly already in 1952 and 1959 when providing guidance to the Secretary-General "[t]o continue to act as depositary in connection with the deposit of documents containing reservations, without passing upon the legal effect of such documents [...]" (83). The above instruments, in their turn, reproduced the rationale of the 1950 advisory opinion of the ICJ, which the incumbent Special Rapporteur, appropriately defined as a "non-decision" (84). The resumed study of reservations to treaties by the ILC has so far served the purpose of showing that, as of today, the differing views among delegations in the General Assembly prevent the latter from making any better decision on the core issue of the topic. One has the impression that in 1993 the ILC decision to include this topic on its agenda, and the endorsement by the GA, reflected the over optimistic climate prompted by the end of the Cold War concerning the potentials for the realisation of a new world order based on the rule of law (85).

---

(82) See AUST, *supra* footnote 30, at p. 124.

(83) See, respectively, ress. 598 (VI) and 1452 (XIV). See *supra* text accompanying footnotes 18, 19 and 21.

(84) See *supra* footnote 4, p. 12.

(85) For a problematic treatment of the subject, see, among others, W.M. REISMAN, *International law after the Cold War*, in A.J.I.L., 1990, pp. 859 ff. and G. ABI-SAAB, *A New World Order? Some Preliminary Reflections*, in Hague Y.I.L., 1994, pp. 87 ff.

QUALCHE RIFLESSIONE A PROPOSITO DELLE RISERVE TARDIVE

DI

CRISTINA CAMPIGLIO

Professore straordinario nell'Università di Pavia

SOMMARIO: 1. I lavori della Commissione di Diritto Internazionale in materia di riserve nei trattati. — 2. Il limite temporale alla formulazione di riserve. — 3. La prassi delle riserve tardive. — 4. L'ammissibilità della formulazione tardiva di riserve. — 5. Gli effetti delle riserve tardive e il valore delle obiezioni.

1. Il tema delle riserve nei trattati è da alcuni anni ormai oggetto di riesame da parte della Commissione di Diritto Internazionale. Con la risoluzione 48/31 del 9 dicembre 1993, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha infatti approvato la decisione della Commissione di Diritto Internazionale (1) di includere nella propria agenda il tema del diritto e della prassi relativi alle riserve nei trattati (« The Law and Practice Relating to Reservations to Treaties »). Nel corso della quarantaseiesima sessione della Commissione (1994) è stato nominato *Special Rapporteur* Alain Pellet (2), che nella sessione successiva (1995), in occasione della discussione del suo primo rapporto — dal più neutro titolo « Reservations to Treaties » — (3), ha manifestato l'intenzione di dedicarsi allo studio delle questioni lasciate irrisolte dalle Convenzioni di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, sulla successione degli Stati nei trattati del 1978 e sul diritto dei trattati fra Stati ed organizzazioni internazionali e fra organizzazioni internazionali del 1986 (quest'ultima non ancora in vigore). I risultati di tale studio dovrebbero condurre — più che alla modifica delle suddette Convenzioni — all'adozione di una « Guide to Practice » (4), destinata tanto agli Stati quanto alle organizzazioni internazionali. Frutto della combinazione del regime delle Convenzioni di Vienna del 1969 e del 1986 con la prassi seguita dagli Stati e dalle organizzazioni internazionali, nonché con la

(1) ILC Report, A/48/10, 1993, cap. VI(A), parr. 420, 425-440.

(2) ILC Report, A/49/10, 1994, cap. VI(A), par. 382.

(3) A/CN.4/470 e Corr. 1 e 2; ILC Report, A/50/10, 1995, cap. VI(B), parr. 416-491.

(4) ILC Report, A/50/10, par. 491.

giurisprudenza, la « Guide to Practice » dovrebbe assumere la forma di (un progetto di) linee guida accompagnate da un commentario e, ove necessario, da clausole modello (*model clauses*) (5).

Nel secondo rapporto, discusso durante la quarantottesima e la quarantanovesima sessione, Pellet ha illustrato il regime giuridico delle riserve in generale ed ha affrontato il problema della applicabilità di detto regime ai trattati normativi, ed in particolare ai trattati sui diritti umani (6). Il terzo rapporto tratta invece della distinzione tra riserve e dichiarazioni interpretative: discusso in seno alla Commissione durante la cinquantesima sessione, questo rapporto ha condotto all'adozione in via provvisoria del progetto delle prime sei linee guida (7). Il problema della definizione delle riserve e delle dichiarazioni interpretative è ripreso nel quarto rapporto (8), in occasione della cui discussione durante la cinquantunesima sessione la Commissione ha adottato alcune ulteriori linee guida. Il quinto rapporto (9), infine, è stato discusso nel 2000 durante la cinquantaduesima sessione (10), e concerne essenzialmente le alternative alle riserve (e alle dichiarazioni interpretative) e gli aspetti procedurali, quali la formulazione, la modifica e la revoca delle riserve (e delle dichiarazioni interpretative). In relazione al momento della formulazione delle riserve Pellet, nell'ultima parte del quinto rapporto, si occupa delle cc.dd. riserve tardive, ovverossia delle riserve fatte da uno Stato in un momento successivo alla manifestazione del consenso ad obbligarsi o addirittura successivo all'entrata in vigore del

---

(5) Non è tuttora chiaro però se la finalità di questa Guida sia di riunire e codificare la prassi esistente fornendo principi guida per l'interpretazione delle Convenzioni di Vienna o di integrare dette Convenzioni aggiungendo norme e regole nuove (A/CN.4/513, par. 286).

(6) A/CN.4/477, Corr. 1 e 2, e Add. 1, Add. 1/Corr. 1-4; ILC Report, A/51/10, 1996, cap. VI(B), parr. 108-138.

(7) A/CN.4/491 e Corr. 1, Add. 1, Add. 2 e Add. 2/Corr. 1, Add. 3 e Add. 3/Corr. 1, Add. 4 e Add. 4/Corr. 1, Add. 5, Add. 6 e Add. 6/Corr. 1; ILC Report, A/53/10, 1998, cap. IX(B), parr. 478, 481-520.

(8) A/CN.4/499; ILC Report, A/54/10, 1999, cap. VI(B), parr. 466 e 467.

(9) A/CN.4/508, Add. 1, Add. 2, Add. 3 e Add. 4.

(10) ILC Report, A/55/10, 2000. Si veda il rapporto della Commissione di Diritto Internazionale sui lavori della cinquantaduesima sessione (2000) in A/CN.4/513, par. 283. Il quinto rapporto è in corso d'esame nella 53ª sessione della CDI (Ginevra, 23 aprile-1º giugno e 2 luglio-10 agosto 2001).

trattato nei suoi confronti. E proprio dai risultati raggiunti dallo *Special Rapporteur* su quest'ultimo tema prendono le mosse le riflessioni delle pagine che seguono.

2. Dalla definizione stessa di riserva, fornita dall'art. 2 *d*) della Convenzione di Vienna del 1969, emerge l'esistenza di un limite temporale alla formulazione delle riserve. Recita infatti l'art. 2 *d*): « il termine ''riserva'' indica una dichiarazione unilaterale, quale che sia la sua formulazione o denominazione, fatta da uno Stato *quando sottoscrive, ratifica, accetta o approva un trattato o vi aderisce*, mediante la quale esso mira ad escludere o modificare l'effetto giuridico di alcune disposizioni del trattato nella loro applicazione a tale Stato ». La medesima definizione, con il medesimo limite temporale, figura, con gli opportuni adattamenti, nelle Convenzioni di Vienna del 1978 (art. 2.1 *j*)) (11) e 1986 (art. 2.1 *d*)) (12) nonché nello statunitense *Restatement of Law Third* (13): e può dunque ritenersi espressione del diritto internazionale generale, come d'altronde ha chiaramente riconosciuto la Commissione europea dei diritti dell'uomo nel rapporto sul caso *Temeltasch c. Svizzera* del 5 maggio 1982 (14). Coe-

(11) ... « il termine ''riserva'' indica una dichiarazione unilaterale, qualunque ne sia la formulazione o denominazione, fatta da uno Stato *al momento della firma, ratifica, accettazione, approvazione o adesione ad un trattato o della notificazione di successione a un trattato*, mediante la quale mira ad escludere o a modificare l'effetto giuridico di alcune disposizioni del trattato nella loro applicazione a tale Stato ».

(12) ... « il termine ''riserva'' indica una dichiarazione unilaterale, quale che sia la sua formulazione o denominazione, fatta da uno Stato o da un'organizzazione internazionale *quando sottoscrive, ratifica, conferma formalmente, accetta o approva un trattato o vi aderisce*, attraverso la quale lo Stato o l'organizzazione internazionale mira ad escludere o modificare l'effetto giuridico di alcune disposizioni del trattato nella loro applicazione allo Stato medesimo ».

(13) American Law Institute, *Restatement of the Law Third. Foreign Relations Law of the United States*, Washington, D.C., vol. 1, 14 May 1986, par. 313, commento *sub a*). Ricordo che gli Stati Uniti non sono parti di nessuna delle citate Convenzioni di Vienna.

(14) Rapporto 5 maggio 1982, *Temeltasch c. Svizzera*, in *Decisions and Reports*, vol. 31, April 1983, p. 120 ss., par. 68. La natura consuetudinaria della « definizione di Vienna » risultava già implicitamente da precedenti pronunce: decisione Trib. arbitrale 30 giugno 1977, *Case Concerning the Delimitation of the Continental Shelf Between the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland,*

rentemente Pellet si limita a riprendere la definizione surriferita in una linea guida (15), integrando il testo della Convenzione del 1969 con quello delle successive Convenzioni del 1978 e 1986.

In linea di principio pertanto la manifestazione del definitivo consenso ad obbligarsi costituisce per le parti l'ultimo (e, nel

---

and the French Republic, in *N.U., Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (e in 54 *Int. Law Reports*, p. 6 ss.), parr. 54-55 a pp. 39-40; parere consultivo No. OC-3/83 dell'8 settembre 1983 della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, *Restrictions to the Death Penalty - Arts. 4(2) and 4(4) American Convention on Human Rights*, Serie A, No. 3 (e in *Revue univ. droits de l'homme*, 1992, p. 298 ss.), par. 62.

(15) Linea guida 1.1: « "Reservation" means a unilateral statement, however phrased or named, made by a State or an international organization *when signing, ratifying, formally confirming, accepting, approving or acceding to a treaty or by a State when making a notification of succession to a treaty*, whereby the State or organization purports to exclude or to modify the legal effect of certain provisions of the treaty in their application to that State or to that international organization ». Può essere interessante leggere il commento della Commissione, A/53/10, pp. 196-199 (v. anche il terzo rapporto, A/CN.4/491/Add. 3, par. 136): « The idea of including time limits on the possibility of making reservations in the definition of reservations itself has progressively gained ground, given the magnitude of the drawbacks in terms of stability of legal relations of a system which would allow parties to formulate a reservation at any moment. It is in fact the principle *pacta sunt servanda* itself which would be called into question, in that at any moment a party to a treaty could, by formulating a reservation, call its treaty obligations into question; in addition, this would excessively complicate the task of the depositary ». A prescindere dal limite temporale (confermato dalla linea guida 1.1.2: « Instances in which a reservation may be formulated under guideline 1.1 include all the means of expressing consent to be bound by a treaty mentioned in article 11 of the Vienna Conventions of 1969 and 1986 on the law of treaties »: v. commento in A/53/10, pp. 203-206), restano tuttavia alcune ambiguità nella « definizione di Vienna »: in particolare dovrebbe essere chiarito che la riserva può (solo) mirare a limitare l'effetto giuridico delle previsioni a cui si riferisce, sicché non sono qualificabili come riserve né le dichiarazioni unilaterali con cui lo Stato o l'organizzazione internazionale intende specificare o chiarire il significato o la portata attribuita dal dichiarante al trattato o a certe sue previsioni (questo tipo di dichiarazioni costituiscono semplici dichiarazioni interpretative, secondo la definizione fornita dalla linea guida 1.2: v. commento in A/54/10, pp. 223-240) né le dichiarazioni unilaterali con cui lo Stato o l'organizzazione internazionale intende assumere obblighi ulteriori rispetto a quelli imposti dal trattato (linea guida 1.4.1: v. commento in A/54/10, pp. 270-273) né infine le dichiarazioni unilaterali con cui lo Stato indica che la propria partecipazione al trattato non implica il riconoscimento di un'entità che non riconosce, anche se esse intendano escludere l'applicazione del trattato tra lo Stato dichiarante e l'entità non riconosciuta (linea guida 1.4.3: v. commento in A/54/10, pp. 275-280).

caso di conferma formale di riserve fatte durante i negoziati o al momento della firma, l'unico) momento per la formulazione della riserva. Alcuni trattati specificano questa regola temporale, che la stessa Convenzione di Vienna ribadisce nell'*incipit* dell'art. 19 (« Uno Stato, *nel momento di sottoscrivere, ratificare, accettare, approvare un trattato o di aderirvi*, può formulare una riserva... »). Ricordo tra gli altri l'art. 18 della Convenzione del 29 luglio 1960 sulla responsabilità dei terzi nel campo dell'energia nucleare — « *a*) Riserve in ordine a una o più disposizioni della presente Convenzione possono essere formulate *in qualunque momento prima della ratifica o adesione* alla presente Convenzione » — e l'art. 23.1 della Convenzione dell'Aja del 5 ottobre 1961 relativa alla competenza delle autorità e alla legge applicabile in materia di protezione dei minori — « Uno Stato potrà, *al più tardi al momento della ratifica o dell'adesione*, fare le riserve previste dagli artt. ... » — (16).

Detto limite temporale è fortemente sentito dagli Stati, che si premurano di qualificare come semplici « dichiarazioni interpretative » tutte le dichiarazioni formulate dopo l'entrata in vigore del trattato o comunque in un momento successivo alla ratifica.

Anche la giurisprudenza internazionale si attiene alla suddetta regola. Nel 1983, la Corte interamericana dei diritti dell'uomo ne ha addirittura desunto che uno Stato che al momento della ratifica ha formulato una riserva non potrebbe in un momento successivo precisarne la portata, imponendo tale interpretazione alle altre parti contraenti: una volta formulata, insomma, la riserva sfugge alla disponibilità del suo autore (17).

---

(16) Gli esempi sono in IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, 1979, pp. 163-164.

(17) Parere consultivo dell'8 settembre 1983 citato *supra* nota 14 (e richiamato già da GAJA, *Unruly Treaty Reservations*, in *Le droit international à l'heure de sa codification. Études en l'honneur de R. Ago*, vol. I, Milano, 1987, p. 307 ss., a p. 310): « A contrary approach might ultimately lead to the conclusion that the State is the sole arbiter of the extent of its international obligations on all matters to which its reservation related, including even all such matters which the State might subsequently declare that it intended the reservation to cover. The latter result cannot be squared with the Vienna Convention, which provides that a reservation can be made only when signing, ratifying, accepting, or acceding to a treaty (Vienna Convention, art. 19) ».

Qualche anno dopo (1988) la Corte Internazionale di Giustizia ha riconosciuto espressamente la natura consuetudinaria del limite temporale previsto dalla Convenzione di Vienna del 1969 (18).

Nel 1991 la Commissione europea dei diritti dell'uomo, pronunciandosi sul caso *Chrysostomos, Papachrysostomou e Loizidou c. Turchia* (19), ha desunto dall'art. 64.1 (oggi 57.1) della Convenzione europea di salvaguardia (CEDU) — che prevede il medesimo limite temporale della Convenzione di Vienna (« Ogni Stato, *al momento della firma della presente Convenzione o del deposito del suo strumento di ratifica*, può formulare una riserva riguardo ad una particolare disposizione della Convenzione, nella misura in cui una legge in quel momento in vigore sul suo territorio non sia conforme a tale disposizione... ») — l'impossibilità per uno Stato parte, a seguito della dichiarazione di accettazione del ricorso individuale, di modificare i suoi obblighi convenzionali ai fini delle procedure fondate sull'art. 25 CEDU (oggi abrogato). In termini più generali ciò significa che uno Stato non può, in un momento successivo alla ratifica, aggiungere a una dichiarazione effettuata sulla base di una clausola facoltativa, che in sé non costituisce riserva, condizioni o limitazioni idonee a produrre effetti identici a quelli di una riserva (20).

Merita, infine, di essere segnalata una decisione del 1992 del Tribunale federale svizzero. Facendo seguito alla sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Belilos* del

---

(18) Sentenza 20 dicembre 1988 (*Border and Transborder Armed Actions*), in *ICJ Reports*, 1988, p. 85: « ... Article LV of the Pact of Bogotá enables the parties to make reservations to that instrument... In the absence of special procedural provisions, those reservations may, in accordance with the rules of general international law on the point as codified by the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, be made only at the time of signature or ratification of the pact or at the time of adhesion to that instrument ».

(19) Decisione sulla ricevibilità 4 marzo 1991, in *Decisions and Reports*, vol. 68, April 1991, p. 216 ss., e anche in *Riv. dir. int.*, 1994, p. 168 ss. (con commento di FOCARELLI, *Accettazione « condizionata » della competenza della Commissione europea dei diritti umani*, a p. 92 ss.).

(20) Anche se molto meno precisi, riferimenti al limite temporale si trovano altresì nella sentenza della Corte europea del 23 marzo 1995 sul caso *Loizidou c. Turchia*, Serie A, vol. 310, p. 28, par. 76 (riprodotta altresì in *Riv. dir. int.*, 1995, p. 759 ss., con un commento di FOCARELLI, *Sulle riserve all'accettazione della competenza della Corte europea: la sentenza Loizidou*, a p. 738 ss.).

1988 (21), che — qualificandola come vera e propria riserva — aveva giudicato la dichiarazione interpretativa fatta dalla Svizzera nel 1974 inammissibile in quanto di carattere generale (l'art. 64.1 — oggi 57.1 — CEDU vieta infatti le « riserve di carattere generale »), il governo svizzero aveva rivisto nel corso dello stesso anno tale « dichiarazione interpretativa » aggiungendo una serie di chiarimenti. Il Tribunale federale svizzero tuttavia ha dichiarato che così facendo la Svizzera aveva di fatto formulato una « nuova riserva », in violazione dell'art. 64.1 (57.1) CEDU. Questa sentenza del Tribunale federale elvetico ribadisce l'affermazione, già fatta dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo nel parere del 1983, dell'impossibilità di formulare una nuova riserva sotto forma di interpretazione di una riserva già esistente (22).

Anche alla luce di queste manifestazioni giurisprudenziali, Pellet reputa necessario esplicitare la stringenza del limite temporale, già codificato a Vienna nel 1969, in una linea guida (linea guida 2.3.4: *Late exclusion or modification of the legal effects of a treaty by procedures other than reservation*) dal seguente tenore: « Unless otherwise provided in the treaty, a contracting party to a treaty may not exclude or modify the legal effect of provisions of the treaty by: (*a*) Interpretation of a reservation made earlier; or (*b*) A unilateral statement made under an optional clause » (23).

3. Chiarita la portata della regola consuetudinaria per cui una riserva non può essere formulata dopo la manifestazione del

---

(21) Sentenza 29 aprile 1988, *Belilos c. Svizzera*, Serie A, vol. 132.

(22) « ... the 1988 interpretative declaration cannot be regarded as a restriction, a new formulation or a clarification of the reservation that existed previously. Rather, it represents a reservation formulated subsequently ». Sulla sentenza svizzera del 17 dicembre 1992, che si legge in *Journ. des Tribunaux*, 1995, p. 536 e — nella versione tedesca — in *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1993, p. 72, v. CAMPIGLIO, *Il principio di reciprocità nel diritto dei trattati*, Padova, 1995, pp. 165-166, e FLAUSS, *Le contentieux de la validité des réserves à la CEDH devant le Tribunal fédéral suisse: Requiem pour la déclaration interprétative relative à l'article 6, paragraphe 1*, in *Revue univ. droits de l'homme*, 1993, p. 297 ss. Nel 2000 l'Assemblea federale svizzera ha deciso la revoca delle riserve e dichiarazioni relative all'art. 6 CEDU: v. *Foglio federale*, 2000, p. 2140.

(23) Sulle alternative alle riserve e alle dichiarazioni interpretative v. il quinto rapporto, A/CN.4/508/Add. 1.

consenso ad obbligarsi, Pellet ne sottolinea peraltro il carattere non assoluto, nel senso che la regola in questione opera solo se gli Stati contraenti non dispongono altrimenti, ossia non autorizzano esplicitamente la formulazione di riserve tardive. Ipotesi di espressa autorizzazione, seppure non considerate nei lavori degli anni sessanta della Commissione di Diritto Internazionale né discusse durante la Conferenza di Vienna del 1969, sono relativamente frequenti. Basti segnalare, tra gli altri, i casi seguenti:

— art. 1 commi 3 e 4 della Convenzione di Ginevra del 7 giugno 1930 concernente la legge uniforme sulla cambiale e il vaglia cambiario: « 3. ...per quanto concerne le riserve previste dagli artt. 8, 12 e 18 dell'Allegato II, esse potranno essere fatte *posteriormente alla ratifica o all'adesione*, a condizione che siano notificate al Segretario Generale della Società delle Nazioni, che ne comunicherà immediatamente il testo ai membri della Società delle Nazioni... Tali riserve non produrranno effetto prima del 24° giorno successivo al ricevimento di detta notifica da parte del segretario generale. 4. Ciascuno Alta Parte contraente potrà, in caso d'urgenza, fare uso delle riserve previste dagli artt. ... dopo la ratifica o l'adesione. In questi casi, essa dovrà darne direttamente ed immediatamente comunicazione a tutte le altre Parti contraenti e al Segretario Generale della Società delle Nazioni. La notifica di queste riserve produrrà effetti due giorni dopo il ricevimento di detta comunicazione da parte dei contraenti » (24);

— art. 26 del Protocollo dell'Aja del 28 settembre 1955 di modifica della Convenzione di Varsavia del 12 ottobre 1929 per l'unificazione di alcune regole relative al trasporto aereo internazionale: « ... Uno Stato potrà *in qualsiasi momento* dichiarare con notifica fatta al governo della repubblica popolare di Polonia che la Convenzione modificata dal presente Protocollo non si applicherà al trasporto di persone, merci e bagagli effettuato dalle sue autorità militari a bordo di aereonavi immatricolate in detto Stato... »;

— art. 38 della Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 sull'amministrazione internazionale delle successioni: « Ogni

---

(24) Analogamente dispongono i commi 3 e 4 dell'art. 1 della Convenzione di Ginevra del 19 marzo 1931 recante la legge uniforme sugli assegni.

Stato contraente che desideri avvalersi di una o più facoltà (25) previste agli artt. ..., le noticherà al ministero degli affari esteri dei Paesi Bassi *sia al momento del deposito del suo strumento di ratifica, di accettazione, di approvazione o di adesione, sia successivamente* » (26).

La prassi tuttavia è andata oltre, ed ammette riserve tardive anche ove non espressamente previste dal trattato, dando così vita a regole — apparentemente, almeno — in contrasto con la disciplina della Convenzione di Vienna (27). Ed è curioso osservare come tra le prime manifestazioni di questa prassi figurino alcune decisioni della Commissione europea dei diritti dell'uomo, che pure, come la Corte europea, non sembra in generale nutrire particolare simpatia per l'istituto stesso delle riserve. La Commissione infatti, già dalla fine degli anni cinquanta, ha ammesso che uno Stato parte della CEDU (nella specie l'Austria) possa invocare la modifica della legislazione nazionale coperta

---

(25) Va notato che qui si parla di facoltà e non già di riserve. La distinzione tra i due istituti non è molto chiara e sembra ridursi alla non reciprocità di effetti della facoltà (v. *Note sur certaines questions de technique d'élaboration des Conventions de La Haye*, in *Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Treizième session 4 au 23 octobre 1976, Tome I, Matières diverses*, 1978, p. 85, e CAMPIGLIO, *Il principio*, cit., p. 208 ss.). Secondo il *Bureau permanent* della Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, la facoltà mira a permettere ad uno Stato contraente non già di amputare il trattato di certe sue disposizioni, bensì di modificare certe sue disposizioni nei limiti convenzionalmente previsti: si veda per esempio l'art. 4 della citata Convenzione del 1973 sull'amministrazione internazionale delle successioni, secondo cui « [o]gni Stato contraente ha la facoltà di dichiarare che, per designare il titolare del certificato ed indicarne i poteri, applicherà, in deroga all'art. 3, la propria legge interna o quella dello Stato di cui il defunto era cittadino secondo la scelta fatta da quest'ultimo » (*Note sur les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye*, in *Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Treizième session 4 au 23 octobre 1976, Tome I, Matières diverses*, 1978, p. 102). A differenza della riserva, la facoltà — posto che permette agli Stati di dare al trattato un contenuto alternativo, pur restando totalmente nell'ambito convenzionale — può essere esercitata anche dopo la ratifica o l'adesione da parte dello Stato, alla sola condizione che venga notificata al depositario che provvede a darne comunicazione alle controparti (*ibidem*, p. 103: v. altresì *Note sur certaines questions*, cit., p. 84).

(26) Più recentemente si veda l'art. 10.1 della Convenzione di Ginevra del 12 marzo 1999 sul sequestro conservativo di navi. Altri esempi più risalenti si leggono in IMBERT, *Les réserves*, cit., pp. 164-165.

(27) GAJA (*Unruly*, cit., p. 330) vede nelle nuove regole una semplice integrazione della codificazione del 1969.

da una precedente riserva per modificare la portata di quella riserva, senza con ciò violare il limite temporale posto dall'art. 64 (oggi 57) CEDU (28).

Per quanto riguarda invece la posizione assunta, in qualità di depositario, dal Segretario Generale delle Nazioni Unite, va segnalata una maggiore cautela, come testimonia il fatto che ancora nel 1976 sia stata respinta una riserva tardiva alla Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 21 dicembre 1965 (il cui art. 20.1 recita: « Il Segretario Generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite riceverà e comunicherà a tutti gli Stati che sono o possono divenire parti della presente Convenzione, il testo delle riserve che saranno formulate *all'atto della ratifica o dell'adesione*. Ogni Stato che sollevi delle obiezioni contro la riserva informerà il Segretario Generale, entro il termine di 90 giorni a partire dalla data di tale comunicazione, che esso non accetta la riserva in questione ») (29). Nel 1978 tuttavia si assiste ad una svolta. Era infatti accaduto che la Francia aveva manifestato l'intenzione di denunciare la Convenzione del 19 marzo 1931 recante la legge uniforme sugli assegni per riaccedervi con nuove riserve, e aveva chiesto al Consigliere giuridico delle Nazioni Unite se non fosse possibile utilizzare una procedura più semplice, e precisamente sottoporre le nuove riserve all'approvazione unanime degli Stati contraenti della Convenzione stessa. Alla luce di un precedente relativo alla Convenzione doganale del 6 ottobre 1960 (30) il

---

(28) Si vedano ad esempio *Association X c. Austria*, richiesta 473/59, in *Annuaire Conv. eur. droits de l'homme*, vol. 2, 1958-1959, p. 405; *X c. Austria*, richiesta 1731/62, *ibidem*, vol. 7, 1964, p. 192; *X c. Austria*, richiesta 8180/78, in *Decisions and Reports*, vol. 20, December 1980, p. 26. È tuttavia difficile valutare la reale carica innovativa di questa giurisprudenza, perché in realtà la modifica della legislazione non comportava di fatto una limitazione ulteriore degli obblighi dello Stato: nel caso 1731/62, *X c. Austria*, in particolare la Commissione sottolinea che « the reservation made by Austria on 3rd September 1958... covers the law of 5th July 1962, the result of which was not to enlarge *a posteriori* the field removed from the control of the Commission » (*Annuaire Conv. eur. droits de l'homme*, vol. 7, 1964, p. 202).

(29) *Memorandum* al Direttore della Divisione dei diritti umani, 5 aprile 1976, in *United Nations Juridical Yearbook*, 1976, p. 221.

(30) La Svizzera aveva ratificato detta Convenzione doganale il 30 aprile 1963: un paio d'anni dopo (il 21 dicembre 1965) aveva comunicato al depositario (il Segretario Generale del Consiglio di Cooperazione Doganale) il testo di una ri-

Consigliere giuridico — in una lettera inviata il 14 settembre 1978 alla missione permanente presso le Nazioni Unite (31) — ricordava il principio per cui le parti di un trattato possono, con decisione unanime, modificare le previsioni di un accordo « or take such measures as they deem appropriate with respect to the application or interpretation of that agreement ». E suggeriva alla Francia di comunicare al Segretario Generale le nuove riserve con l'indicazione della data a partire dalla quale si sarebbe voluto che le riserve iniziassero a produrre effetti; tale comunicazione sarebbe poi stata notificata agli altri Stati (parti, contraenti e firmatari) dal Segretario Generale stesso e, qualora non fossero pervenute obiezioni da parte degli Stati entro i 90 giorni successivi (periodo corrispondente al periodo previsto dalla Convenzione del 1931 per l'accettazione delle riserve), le nuove riserve avrebbero prodotto effetto alla data indicata (32). Il governo francese indirizzava al Segretario Generale, il 7 febbraio 1979, una lettera che veniva fatta circolare e, non essendo state sollevate obiezioni da parte degli altri Stati contraenti entro i successivi 90 giorni, le riserve venivano considerate accettate e produttive di effetti dall'11 maggio 1979: curiosamente il governo tedesco comunicava espressamente di non obiettare solo il 20 febbraio 1980.

Da allora il Segretario Generale delle Nazioni Unite sembra essersi costantemente attenuto a questa procedura. Ricordo solo, tra le altre, la riserva alla Convenzione per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere del 10 giugno 1958 formulata dalla Grecia, quasi diciotto anni dopo il deposito della ratifica (che risale al 16 luglio 1962, laddove la riserva è stata formulata il 18 aprile 1980): in assenza di obiezioni entro i 90 giorni, tale riserva venne accettata (33). Detta prassi è stata del

---

serva, e in assenza di obiezioni la riserva era stata accettata per il deposito, con effetto retroattivo (addirittura) al 31 luglio 1963 (v. lettera alla missione permanente di uno Stato membro alle Nazioni Unite, 14 settembre 1978, in *United Nations Juridical Yearbook*, 1978, pp. 199-200).

(31) In *United Nations Juridical Yearbook*, 1978, pp. 199-200.

(32) Cfr. HORN, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, Amsterdam-New York-Oxford-Tokyo, 1988, p. 42.

(33) Vedi GAJA, *Unruly*, cit., p. 311, che ricorda altresì la riserva formulata, rispetto alla medesima Convenzione, dal Regno Unito quasi cinque anni dopo la ratifica (ratifica 24 settembre 1975, riserva 5 maggio 1980). Molti Stati parti del

resto formalizzata in un parere del Segretariato del 19 giugno 1984, secondo cui « the parties to a treaty may always decide, *unanimously*, at any time, to accept a reservation in the absence of, or even contrary to, specific provisions in the treaty » (34). Recentemente, e precisamente il 29 gennaio 1999, il governo delle Maldive ha notificato al Segretario Generale la modifica di riserve formulate al momento dell'adesione (1° luglio 1993) alla Convenzione sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne del 18 dicembre 1979: in assenza di obiezioni nei 90 giorni successivi alla notifica agli altri Stati contraenti (avvenuta il 25 marzo 1999), la modifica è stata accettata dal depositario. Il 16 agosto 1999 la Germania ha tuttavia comunicato al Segretario Generale la sua obiezione: il governo tedesco interpretava infatti la modifica proposta dalle Maldive non già come una semplice revoca, totale o parziale, delle riserve iniziali, bensì come una nuova riserva, inammissibile alla luce dell'art. 19 della Convenzione di Vienna del 1969, e aggiungeva che « une fois qu'un Etat s'est lié par un traité en vertu du droit international, il ne peut plus soumettre de nouvelles réserves ni élargir des réserves antérieures ou y ajouter. Il a seulement la possibilité de retirer totalement ou partiellement les réserves initiales... » (35).

Per quanto riguarda la prassi del Consiglio d'Europa, si

Protocollo del 17 febbraio 1978 alla Convenzione internazionale del 2 novembre 1973 per la prevenzione dell'inquinamento da navi (MARPOL), in vigore dal 2 ottobre 1983, hanno ampliato la portata di loro precedenti riserve (Francia: ratifica 25 settembre 1981, modifica della riserva 11 agosto 1982) o aggiunto nuove riserve (tra gli altri, Liberia — ratifica 28 ottobre 1980, nuove riserve 27 luglio 1983 — e Stati Uniti — ratifica 12 agosto 1980, nuove riserve 27 luglio 1983 —): a proposito delle nuove riserve la Francia comunicava di non avere obiezioni, ma teneva a sottolineare che la sua decisione non doveva costituire un precedente (si noti che il governo di Parigi ha qualificato le riserve in oggetto come mere « rettifiche »). Da segnalare infine la riserva del Belgio alla stessa Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (che di fatto corrisponde a una generale obiezione alle riserve formulate dalle controparti): avendo aderito il 1° settembre 1992, il Belgio notificava la riserva al Segretario Generale solo il 18 febbraio 1993: anche in questo caso non venivano sollevate obiezioni entro i 90 giorni e la riserva veniva considerata accettata.

(34) *Letter to governmental official in a Member State*, in *United Nations Juridical Yearbook*, 1984, p. 183.

(35) *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire Gènéral. Etat au 31 décembre 1999*, vol. I, Parte I, p. 212, nota 33.

può rilevare che il Segretario Generale si è attestato sulla medesima posizione delle Nazioni Unite. Ad esempio, tanto la riserva alla Convenzione europea per la repressione del terrorismo del 27 gennaio 1977 formulata dalla Grecia il 5 settembre 1988, ossia un mese dopo la ratifica (4 agosto 1988) ancorché prima dell'entrata in vigore (5 novembre 1988), quanto alcune riserve formulate dal Portogallo alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale del 20 aprile 1959, due anni dopo la ratifica (27 settembre 1994) e l'entrata in vigore (26 dicembre 1994) — e precisamente il 19 dicembre 1996 — sono state accettate non essendo pervenute obiezioni (entrambi gli Stati hanno invero invocato un errore di trasmissione delle riserve) (36).

In conclusione, le riserve tardive non espressamente previste dal trattato risultano nella prassi essere legittimate dall'acquiescenza degli altri Stati contraenti consultati dal depositario. L'accettazione delle riserve tardive, implicita nell'assenza di obiezioni, può configurarsi come un accordo collaterale che estende *ratione temporis* la facoltà di formulare riserve (se non in generale, almeno la riserva in questione) (37). Non bisogna infatti dimenticare che gli Stati restano in definitiva gli ultimi « guardiani » del trattato, e sono sempre disposti a seguire procedure inusuali di fronte a situazioni particolari. D'altronde, posto che ciascuna parte contraente rimane comunque libera di denunciare e aderire *ex novo* al medesimo trattato, formulando nuove riserve, non si vede per quale motivo non sia possibile — come già rimarcava il governo francese del 1979 nella comunicazione

(36) Si vedano inoltre le riserve tardive di Belgio e Danimarca all'Accordo europeo sulla protezione dei programmi televisivi del 22 giugno 1960. Il Consiglio d'Europa sottolinea il carattere eccezionale della deroga, per non creare pericolosi precedenti invocabili da altri Stati: « Accepting the belated formulation of reservations may create a dangerous precedent which could be invoked by other States in order to formulate new reservations or to widen the scope of existing ones. Such practice would jeopardize legal certainty and impair the uniform implementation of European treaties » (*Treaty Making in the Council of Europe*, Strasbourg, 1999, p. 94).

(37) *Contra* EDWARDS Jr., *Reservations to Treaties*, in *Michigan Journ. Int. Law*, 1989, p. 362 ss., a p. 383; v. altresì BARATTA, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, Milano, 1999, p. 27 nota 65.

sopra ricordata — optare per la via, più rapida, delle riserve tardive (38).

Nel consenso degli altri Stati Pellet vede il segno della « collettivizzazione » del controllo sull'ammissibilità delle riserve, da esercitarsi beninteso congiuntamente agli organi convenzionali di controllo, ove previsti: così nei casi *Chrysostomos* e *Loizidou* al controllo delle controparti sulla ammissibilità della riserva turca introdotta tramite la dichiarazione facoltativa relativa al ricorso individuale si è aggiunto quello degli organi di Strasburgo.

4. Il requisito dell'unanimità, anche passiva, che legittima la deroga alla regola temporale e limita il rischio di abusi, comporta necessariamente che anche una singola obiezione renda inammissibile la riserva tardiva: in caso contrario, infatti, il limite temporale contenuto nell'art. 19 della Convenzione di Vienna sarebbe svuotato di contenuto e lo stesso principio *pacta sunt servanda* verrebbe minato (39). Il principio di unanimità, se va pertanto inteso in senso stretto, concerne però — si badi — la sola accettazione della riserva tardiva e non già la partecipazione dello Stato riservante al trattato: in caso di obiezione, insomma,

---

(38) Vedi HORN, *Reservations*, cit., p. 43. Pellet (A/CN.4/508/Add.3, p. 32) osserva tuttavia che si tratta a ben vedere di casi-limite vuoi perché il ritardo nella comunicazione della riserva tardiva era minimo, vuoi perché la riserva era apparsa su pubblicazioni ufficiali ma « dimenticata » al momento del deposito della ratifica — e dunque avrebbe potuto trattarsi di rettifica di un errore materiale — vuoi infine perché la notifica era avvenuta dopo la ratifica ma prima dell'entrata in vigore per lo Stato riservante. A questo riguardo il *Rapporteur* ricorda due riserve aggiunte il 26 ottobre 1976 dalla Germania alla ratifica, datata 2 agosto 1976, della Convenzione del 28 settembre 1954 relativa allo statuto degli apolidi: la decisione del Segretario Generale di ritenerle effettuate, in assenza di obiezioni, alla data della ratifica è giudicata da GAJA (*Unruly*, cit., p. 311) « questionable, as the instrument of ratification could not be withdrawn and anyway no attempt of withdrawing it had apparently been made by the German Government ».

(39) Per questo motivo Pellet dichiara di non condividere l'opinione di GAJA (*Unruly*, cit., p. 312) secondo il quale un'obiezione dovrebbe ripercuotersi sui soli rapporti tra lo Stato obiettante e lo Stato autore della riserva tardiva. La posizione di Pellet è condivisa dalle delegazioni degli Stati, secondo cui il principio *pacta sunt servanda* sarebbe minato e la stabilità dell'ordinamento giuridico internazionale minacciata se alle obiezioni alle riserve tardive si attribuissero gli stessi limitati effetti delle obiezioni alle riserve tempestive (A/CN4/513, par. 306).

la riserva tardiva si considera come non apposta e lo Stato riservante resta legato nei limiti dell'iniziale manifestazione del consenso (40) (conservando peraltro il potere di recedere).

Ad evitare situazioni di incertezza circa la sorte delle riserve tardive, occorre tuttavia stabilire un (ulteriore) limite temporale, entro il quale gli Stati contraenti possano sollevare obiezioni. La prassi al riguardo è ambigua. I Segretari Generali dell'Organizzazione Marittima Internazionale (IMO), del Consiglio d'Europa e del Consiglio di Cooperazione Doganale procedono empiricamente (41). Il Segretario Generale delle Nazioni Unite, invece, a partire — come si è visto — dal 1978 ha concesso un periodo di risposta di 90 giorni (42). Tale periodo in realtà si è rivelato troppo breve: considerati anche i ritardi nella notifica alle controparti, queste hanno troppo poco tempo per esaminare la riserva tardiva e fare comunicazioni, che riguardano spesso « complex questions of law » e richiedono « consultations among them, in deciding what, if any, action should be taken in respect of such a communication » (43): tant'è che nei pochi casi in cui gli Stati hanno risposto, lo hanno fatto dopo i 90 giorni previsti (44). Perciò il Segretario Generale ha annunciato, in una circolare inviata agli Stati membri, l'intenzione di concedere in futuro un periodo di 12 mesi (45).

La soluzione adottata dal Segretario Generale delle Nazioni

---

(40) Alcune delegazioni hanno avanzato dubbi quanto alla praticabilità della soluzione proposta in ordine agli effetti delle obiezioni (per cui lo Stato riservante resterebbe legato al trattato nella sua interezza), specialmente se tale soluzione venisse estesa a tutte le riserve inammissibili: A/CN.4/513, par. 311. La soluzione ventilata da Pellet ricorda il c.d. *Strasbourg approach*, per cui le riserve invalide ai trattati sui diritti umani devono considerarsi come non apposte: v. in proposito BARATTA, *Gli effetti*, cit., p. 90 ss. e *Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties Be Disregarded?*, in *Eur. Journ. Int. Law*, 2000, p. 413 ss.

(41) Il Segretario Generale dell'IMO sembra attenersi ad un periodo di un mese.

(42) La scelta è stata forse dettata dalle circostanze (v. *supra* par. 3).

(43) *Memorandum* del Consigliere giuridico delle Nazioni Unite indirizzato alle rappresentanze permanenti degli Stati membri delle Nazioni Unite, 4 aprile 2000.

(44) Si veda, ad esempio, *supra* la risposta della Germania alla riserva francese alla Convenzione del 1931 recante la legge uniforme sugli assegni, avvenuta un anno dopo la notifica da parte del Segretario Generale.

(45) A/CN.4/508/Add. 4 par. 321: in realtà ancora nel 1999 il termine concesso risultava di soli 90 giorni (v. *supra* nota 35 e testo). Recentemente la se-

Unite, applicabile anche alle modifiche di riserve già apposte, si ispira all'art. 20.5 della Convenzione di Vienna del 1969 e mira ad instaurare un dialogo tra lo Stato riservante e gli altri Stati (46).

Pur ritenendo preferibile un termine intermedio (6 mesi), Pellet propone di attenersi alla soluzione proposta in ambito ONU, considerato anche che ci si sta muovendo nel campo del progressivo sviluppo del diritto internazionale e che pertanto è meglio non discostarsi dalla regola codificata nell'art. 20.5 della Convenzione di Vienna. Occorre tuttavia lasciare la possibilità alle altre organizzazioni internazionali che svolgono funzioni di depositario di conformarsi alla prassi finora da ciascuna seguita, seppure diversa da quella delle Nazioni Unite. Di qui il tenore della linea guida 2.3.2 (*Acceptance of reservations formulated late*): « Unless the treaty provides otherwise or the usual practice followed by the depositary differs, a reservation formulated late shall be deemed to have been accepted by a contracting party if it has made no objections to such a formulation after the expiry of the 12-month period following the date on which notification was received » (47).

---

zione « Trattati » delle Nazioni Unite ha inaugurato la prassi di effettuare elettronicamente le notifiche dell'avvenuto deposito degli strumenti di ratifica, delle riserve, ecc., sì da contenere i ritardi nelle notifiche.

(46) Alcune delegazioni hanno criticato la prassi del Segretario Generale di notificare le riserve tardive senza distinguere tra riserve che hanno il carattere di recesso parziale (previsto dall'art. 44 della Convenzione di Vienna o dalle specifiche disposizioni del trattato, quale ad esempio l'art. 38 della già più volte ricordata Convenzione dell'Aja del 1973 sull'amministrazione internazionale delle successioni) e riserve completamente nuove (A/CN4/513, par. 309).

(47) Queste stesse regole dovrebbero valere per la formulazione tardiva di dichiarazioni interpretative condizionali (che la linea guida 1.2.1 definisce come quelle dichiarazioni unilaterali « whereby the State or international organization subjects its consent to be bound by the treaty to a specific interpretation of the treaty or of certain provisions thereof ») come pure di semplici dichiarazioni interpretative (« whereby the State or organization purports to specify or clarify the meaning or scope attributed by the declarant to a treaty or to certain of its provisions »: linea guida 1.2). Nella prassi si segnalano le dichiarazioni formulate il 31 gennaio 1995 dall'Egitto in relazione alla Convenzione di Basilea del 22 marzo 1989 sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e della loro eliminazione, contestate da molti Stati vuoi perché qualificabili in sostanza come riserve (vietate dalla Convenzione) vuoi perché formulate tardivamente (questa l'obiezione anche dell'Italia): il Segretario Generale, applicando la regola dei 90 gior-

5. Quanto detto sinora concerne l'*ammissibilità* delle riserve tardive. Diverso è invece il profilo della loro *opponibilità* (48).

È infatti necessario operare una distinzione tra le obiezioni alla formulazione di riserve tardive e le obiezioni « tradizionali » disciplinate dall'art. 20.4 *b*) della Convenzione di Vienna (« ... fatta salva ogni diversa disposizione del trattato in materia. ...*b*) l'obiezione fatta ad una riserva da parte di un altro Stato contraente non impedisce che il trattato entri in vigore fra lo Stato che ha formulato l'obiezione e lo Stato autore della riserva, a meno che lo Stato che ha formulato l'obiezione non abbia espresso un'intenzione nettamente contraria... »). Senza questa distinzione, gli Stati che aderiscono al trattato successivamente alla formulazione della riserva tardiva si troverebbero di fronte al fatto compiuto e paradossalmente non potrebbero sollevare riguardo alla riserva tardiva le obiezioni che potrebbero invece sollevare riguardo alle riserve tempestive in base all'art. 20.5 della Convenzione di Vienna (« ... a meno che il trattato non disponga diversamente, una riserva si considera accetttata da uno Stato se quest'ultimo non ha formulato obiezioni alla riserva sia alla scadenza del periodo di 12 mesi successivi alla data in cui ne ha ricevuto la notifica, sia alla data in cui esso ha espresso il suo consenso a vincolarsi al trattato, se quest'ultima è posteriore »): d'altra parte sarebbe ugualmente paradossale permettere agli Stati che aderiscono dopo la formulazione della riserva tardiva di obiettare in base all'art. 20.4 *b*), laddove le parti originarie non potessero farlo.

Dunque, il consenso unanime delle altre parti deve essere visto come necessario per la *formulazione tardiva* delle riserve (sicché l'obiezione — anche — di una sola parte produce conseguenze nei confronti di tutte, nel senso che la riserva tardiva è in

---

ni, viste le obiezioni, non ha accettato le dichiarazioni per il deposito, e dunque le ha riprodotte — non già nella sezione « Dichiarazioni e riserve », bensì — nella sezione « Note » insieme alle obiezioni.

(48) È stato peraltro rilevato che « [l]a norma consuetudinaria che un tempo fissava... il criterio di ammissibilità delle riserve... si è modificata in senso più flessibile, in quanto appare degradata, se così può dirsi, a criterio di opponibilità »: BARATTA, *Gli effetti*, cit., p. 121. Il giudizio, formalmente oggettivo, in merito all'ammissibilità tende insomma a ridursi a giudizio soggettivo, ovverossia a motivo di semplice opponibilità.

assoluto inidonea a produrre effetti), mentre devono essere applicate le norme tradizionali relative all'accettazione e all'obiezione (artt. 20-23 della Convenzione di Vienna) per quanto concerne *l'effettivo contenuto* delle suddette riserve.

Questo il testo delle linee guida proposto da Pellet.

Linea guida 2.3.1 (*Reservations formulated late*): « Unless the treaty provides otherwise, a State or an international organization may not formulate a reservation to a treaty after expressing its consent to be bound by the treaty unless the other contracting Parties do not object to the late formulation of the reservation » (49).

Linea guida 2.3.3 (*Objection to reservations formulated late*): « If a contracting Party to a treaty objects to a reservation formulated late, the treaty shall enter into or remain in force in respect of the reserving State or international organization without the reservation being made » (50).

Se pertanto le obiezioni al contenuto della riserva seguono le regole tradizionali, gli effetti dell'obiezione si esplicano nei soli rapporti tra Stato obiettante e Stato riservante, sulla base dell'art. 21.3 della Convenzione di Vienna (« Quando uno Stato che

---

(49) Pellet (A/CN.4/508/Add.4, par. 321) aggiunge che occorre chiarire che si tratta di un'eccezione al principio che vieta riserve tardive e adottare una clausola modello (2.3.1: *Reservations formulated after the expression of consent to be bound*) dal seguente tenore: « *A.* A contracting party may formulate a reservation after expressing its consent to be bound by the present treaty. *B.* A contracting party may formulate a reservation to the present treaty [or to articles X, Y and Z of the present treaty] when signing, ratifying, formally ratifying, accepting or approving the treaty or acceding thereto and at any time thereafter. *C.* A contracting party may formulate a reservation to the present treaty [or to articles X, Y and Z of the present treaty] at any time by means of a notification addressed to the depositary ». Le reazioni delle delegazioni degli Stati a questa proposta sono state positive: in particolare, considerato che il limite temporale della Convenzione di Vienna non è assoluto ma resta comunque il punto di partenza, la proposta di Pellet (linea guida 2.3.1) costituisce « a blend of good sense and flexibility » (A/CN4/513, par. 305).

(50) In realtà la formulazione delle due linee-guida non mi pare molto chiara in ordine alle conseguenze dell'obiezione, perché, mentre è evidente che il principio di unanimità comporta la non apponibilità della riserva tardiva se anche una sola delle controparti obietti « to the *late formulation* of the reservation » (2.3.1), non si capisce per quale motivo si parli poi di obiezione « to a reservation formulated late » (2.3.3), espressione questa che sembrerebbe riferirsi al (contenuto della) riserva in sé più che alla sua tardività (i corsivi sono aggiunti).

ha formulato un'obiezione ad una riserva non si è opposto all'entrata in vigore del trattato fra se stesso e lo Stato autore della riserva, le disposizioni alle quali la riserva si riferisce non si applicano fra i due Stati nella misura prevista dalla riserva »). Questa norma, che vale testualmente solo per le riserve formulate in conformità all'art. 19 della Convenzione stessa, e dunque per le riserve tempestive, risulta applicabile anche alle riserve tardive in quanto il consenso unanime delle controparti ne sana l'irregolarità *ratione temporis*.

Lo Stato che aderisce dopo che uno degli Stati per i quali il trattato è già vincolante abbia formulato una riserva tardiva e dopo che siano trascorsi 12 mesi dalla notifica di detta riserva senza che siano sollevate obiezioni, non può manifestare la sua opposizione in merito alla tardività, ma può al momento della ratifica formulare obiezioni sulla base dell'art. 20.4 *b*) della Convenzione di Vienna alla riserva tardiva come a qualsiasi altra riserva altrui: con effetti, evidentemente, limitati al suo rapporto con lo Stato riservante.

JOINT RESERVATIONS AND JOINT DECLARATIONS TO TREATIES

BY

ALESSANDRA ZANOBETTI
Ricercatore confermato nell'Università di Bologna

CONTENTS: 1. The International Law Commission's ''Guidelines'' on Joint Reservations and Joint Interpretative Declarations. — 2. The Definition of the Reservation as a ''Unilateral Statement'' and the Problem of Joint Reservations. — 3. Joint Interpretative Declarations. — 4. Practice Concerning Reservations and Joint Declarations. — 5. The Legal Regime for Joint Reservations and Interpretative Declarations.

1. The possibility that a reservation could be formulated jointly by a number of Countries was raised for the first time in the work undertaken by the International Law Commission when drafting the articles for the Vienna Convention on the Law of Treaties. During the debate centring on the definition of reservation as a ''unilateral statement'', the Ecuadorian Angel Modesto Paredes stated that he disagreed in part with such a definition referring to the possibility that a number of different States could formulate ''identical reservations, jointly or separately''. This possible occurrence, from his point of view, put in question the unilateral character of the reservation (1).

At the time, the objection raised by Paredes did not give rise to particular comment and there was no reference to it in the subsequent debate within the Commission nor at the General Assembly.

However the subject was taken up again by the Special Rapporteur Alain Pellet during the International Law Commission's work on the theme of reservations to Treaties, initiated in 1994 (2). Pellet recalled Paredes intervention (3) and, as a result, the following two guidelines were inserted into the Guide to Practice currently in preparation.

---

(1) I.L.C., 651st meeting, *Yearbook*, 1962, p. 146, § 87.

(2) The work of the Commission is devoted to ''reservations to treaties'', although the technique of reservations is not limited to the law of treaties, but recourse to it is made also in relation with the acts of international organizations.

(3) A. PELLET, *Third Report on Reservations to Treaties*.

Guideline 1.1.7, which concerns "Reservations formulated jointly" states that

"the joint formulation of a reservation by a number of States or international organizations does not affect the unilateral nature of that reservation".

Guideline 1.2.2. deals with "Interpretative Declarations formulated jointly" and states in similar vein that

"the joint formulation of an interpretative declaration by several States or international organizations does not affect the unilateral nature of that interpretative declaration".

A first purpose of this paper is to clarify the reasons behind the adoption of these two guidelines within the framework of the Commission's current work on treaty reservations; furthermore an analysis will be made of the juridical regime governing reservations and joint declarations in the light of the practice followed by States and international organisations, and of the effects that the adoption of these guidelines might bring.

2. In his first Report the Special Rapporteur emphasises that the rules on reservations, as set out in the Vienna Convention of 1969 and taken up again by the two other Vienna Conventions dealing with the subjects of treaties between States and international organisations and succession of States in treaties, should be considered as satisfactory overall. Practice has confirmed the customary status of many of the provisions which, when the Convention was adopted, belonged more to progressive development than to codification of international law (4). Notwithstanding the above, a number of problems remain which are "highly technical and extremely complex, but of exceptional practical importance" (5). These problems either have not been dealt with in the Vienna Convention or arise from the unclear wording of particular provisions.

Having discarded both the drawing up a new convention on the subject of reservations, and the introduction of a number

---

(4) See A. PELLET, *First Report on Reservations to Treaties*, § 156; according to his analysis, even States which, like France, have not ratified the Vienna Convention, consider that it corresponds to international custom.

(5) A. PELLET, *First Report on Reservations to Treaties*.

of amendments to the Vienna Convention itself, the Commission decided to maintain the results already reached by the previous codification in their entirety, and to limit itself, in accordance with what has been defined as ''a modest approach'' (6), to the identification of the areas of ambiguity and, ''where possible and desirable'', to the filling in of a number of gaps through the adoption of a series of guidelines collected in a ''Guide to Practice''.

The first of these Guidelines is concerned with the very notion of a reservation, a question which we shall see to have given rise to differing opinions and to which the International Law Commission itself had only wished to deal with for the purpose of distinguishing reservations ''from other unilateral declarations satisfying different criteria, particularly interpretative declarations'' (7). Accordingly, the Guide to Practice sets out what should be meant by the term reservation in a form of words that may be called the ''Vienna definition''. This has been obtained through a juxtaposition of the definitions contained in the Vienna Conventions on the Law of Treaties, on the Succession of States in Treaties and on Treaties between States and International Organizations (8). The resulting formulation is the following:

''Reservation'' means a unilateral statement, however phrased or named, made by a State or an international organization when signing, ratifying, for-

---

(6) See A. PELLET, *ibidem*, p. 73, § 163: ''The Commission is therefore faced with a choice: either it can go back to the drawing board with the rules adopted in 1969 — and confirmed in 1986 — and in 1978, so that, at one go, the ambiguities can be removed, the gaps filled, and they can be given the consistency they sometimes seem to lack, or it can take it that the treaty rules are well established and simply try to fill the gaps and, where possible and desirable, to remove their ambiguities while retaining their versatility and flexibility''.

(7) Such a restraint purpose has been criticised by an author who considers that the Commission does not tackle with its essential task; see K. ZEMANEK, *Alain Pellet's Definition of a Reservation*, in *Austrian Review of International and European Law*, 1998, p. 295.

(8) The three conventions, adopted on 23 May 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties), on 23 August 1978 (Vienna Convention on Succession of States in respect of Treaties) and on 21 March 1986 (Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations) give a definition of the reservation in their section devoted to the ''use of terms'', and therefore those definitions were not intended to have effect outside the purposes of the conventions.

mally confirming, accepting, approving or acceding to a treaty or by a State when making a notification of succession to a treaty, whereby the State or organization purports to exclude or to modify the legal effect of certain provisions of the treaty in their application to that State or to that international organization.

Though the juridical character of the reservation has given rise to different opinions (9), its nature as a unilateral act does not seem to be in doubt (10); indeed the view of the reservation as a contractual act or as a constituent element of an agreement (11), notwithstanding at one time it attracted wide-spread support, does not now seem to be tenable any more; and this

---

(9) P.-H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, 1979, p. 11, notes that ''Les études relatives à la nature juridique des réserves ont été extrêmement nombreuses; mais aucune n'apporte une réponse vraiment satisfaisante. Peut-être parce-que, tout simplement, cette réponse n'existe pas. [...] Il ne nous semble d'ailleurs pas absolument indispensable de résoudre ce problème puisqu'il n'a aucune influence sur le régime des réserves''.

(10) On this issue, see the deep analysis made by R. BARATTA, *Gli effetti delle riserve nei trattati*, Milano, 1999, p. 8; the author intends the reservation as a ''atto unilaterale recettizio''.

(11) During the work of the International Law Commission devoted to the law of treaties, the first Special Rapporteur, J. BRIERLY, believed that reservations represented ''an agreement among the parties''. In its Advisory Opinion rendered on the Convention for the Prevention and the Punishment of the Crime of Genocide, the International Court of Justice has refused the contractual conception of the absolute integrity of the convention; but indirectly the Court affirms the necessity of the consent of the other parties, because ''if a party to the Convention objects to a reservation which it considers to be incompatible with the object and purpose of the Convention, it can in fact consider that the reserving State is not a party to the Convention'' but ''if, on the other hand, a party accepts the reservation as being compatible with the object and purpose of the Convention, it can in fact consider that the reserving State is a party to the Convention''. In their Joint dissenting opinion, the four judges GUERRERO, MC NAIR, READ e HSU MO (*ICJ Reports*, 1951, p. 31) quote many authors and several cases which show that, according to the practice of governments, the unanimous consent of all the parties to a treaty is required in order to give effect to a reservation, and the proposing State becoming a party to the treaty. The General Assembly of the United Nations had also submitted to the International Law Commission the same question formulated to the Court. The Commission Report, although taking in account the Opinion of the Court, suggested ''the adoption of the doctrine requiring unanimous consent for the admission of a State as a Party to a treaty subject to reservation'' (G.A., *Official Records*, 6th session (1951), Suppl. No 9 (A/1858), § 12-34). The General Assembly did not agree with the Report, and gave instruction to the Secretary general, with the Resolution 589 (VI) of 12 January 1952, to adhere to the

both in the light of the Vienna Convention itself (12), and of practice (13). This is confirmed by the fact that, if looked at closely, even the arguments put forward by supporters of the so-called contractual thesis did not challenge the conception of the reservation as a unilateral act. It was meant as a unilateral act forming part of bilateral negotiations made up by the reservation and by the express or tacit consent given in advance in the text of the treaty, and subsequently by the other contracting parties to the treaty (14).

The Pellet Report recalls that during the Commission's work on the law of treaties two different objections were raised to the definition of reservations as unilateral acts. The first was precisely the so-called contractual nature of the reservation (15); the second was that already referred to, based on the possibility that a reservation could be formulated jointly by more than one State.

Taking up this second point, the Commission states that a reservation is always unilateral ''in the sense that it has to reflect the intention of its author to exclude or to modify the legal ef-

---

ruling indicated by the Court in its Opinion, leaving to the parties themselves the appreciation of the reservations and of the objections.

(12) Besides the fact that the Vienna Convention intends the reservation as a unilateral statement, art. 22 of the Convention does not require the consent of the States which accepted the reservation for its withdrawal, which should be the case if the reservation had a contractual character.

(13) See R. BARATTA, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, cit., p. 6 and footnote n. 14.

(14) For an example, see CH. ROUSSEAU, *Droit international public*, vol. 1, pp. 119 and 122, who conceives the reservation as a ''limitation unilatérale, de la part d'un Etat contractant, des obligations enoncées dans un traité''; therefore he considers that ''l'une des parties ne saurait l'introduire par sa seule volonté dans le corps d'un traité, l'avis d'un seul ne pouvant modifier ce que le consentement de plusieurs a établi''. In its opinion, the reservation, despite of its unilateral character, accedes to the treaty thanks to the consent, tacit or express, of all the other contracting parties.

(15) During the debate which adopted the definition proposed by the Special Rapporteur, the two conceptions where both represented by the members of the Commission; M. LACHS affirmed that he considered the unilateral character of the reservation as its essential feature; G. TUNKIN, although accepting its unilateral nature, believed that the reservation was ''a kind of offer by the reserving State, which the other Parties, in the exercise of their sovereignty, were free to accept or to reject'' (I.L.C., 653rd Meeting, *Yearbook*, 1962, p. 156, § 25).

fect of certain provisions of the treaty in their application to that State, but this does obviously not prevent some contracting States or international organizations or some States or international organizations 'entitled to become parties to the treaty' from consulting one another to agree on the joint formulation of a reservation'', or by borrowing ''the wording previously used by another reserving State''. The Commission notes that ''in practice, States so far do not seem to have resorted to joint reservations''; even so, in principle this possibility cannot be excluded. Furthermore, there have been some examples of joint objections and a certain number of joint declarations. To avoid the possibility of the question raising problems of interpretation in the future, ''the Commission felt that it would be wise to anticipate that possibility in the Guide to Practice'' (16).

The Commission did not see why a number of States and international organisations could not do together what they could do on their own, particularly because this is an area where a flexible approach is necessary. It must be also take into account the fact that the increase in the number of common markets and of economic and customs unions may encourage the practice of joint reservations. ''Theoretically, moreover, such a practice would certainly not be contrary to the spirit of the Vienna definition: a single act emanating from several States may be regarded as unilateral when its addressee or addressees are not parties to it'' (17).

During the debate on the approval of the text of the Guidelines on joint reservations in the Sixth Committee of the General Assembly, a number of delegates expressed their agreement with the approach given to the issue by the Commission. The Guideline was considered to be ''appropriate'', because it was ''necessary to establish the permissibility or impermissibility of the reservations formulated jointly'' (18), and because ''the warning against an unduly formalistic approach to the 'unilateralism' of reservations was pertinent in that regard'' (19). The

---

(16) *I.L.C. Yearbook*, 1998.

(17) *Ibidem*.

(18) Intervention of SEPULVEDA, Mexican delegate, Sixth Committee, Summary Record of the 18th Meeting, 2 November 1998 (A/C.6/53/SR.18).

(19) Opinion expressed by the Czech delegate BERÁNEK, (Sixth Commit-

Venezuelan delegate Monagas-Lesseur emphasised the problem of the ''withdrawal by one of the States of its reservations, and of the effects for the other States which had formulated it'' (20). This point is not expressly dealt with in the Guide to practice. However, the fact that the nature of a reservation remains that of a unilateral act, even where formulated jointly, has as its logical consequence the possibility of its withdrawal as will be seen further below (21). The Algerian delegate Kerma seemed to consider that the guideline in question reflected a growing trend, since ''The Guide to Practice reflected the current trend followed by States, particularly concerning reservations formulated jointly''. The Swiss observer Pfirter approved the Guideline in that it provided ''reasonable provision for future situations which were likely to arise'' (22). The Italian delegate Politi emphasised that the Commission had adopted ''a rather innovative approach to reservations formulated jointly, for although there were no examples of reservations of that type in the international practice, it was foreseeable that there would be frequent recourse to joint reservations in the near future, especially as a result of the participation of the European Union in an increasing number of multilateral treaties'' (23).

3. The Commission also adopted a Guideline relating to joint interpretative declarations. It states that in spite of their joint formulation, interpretative declarations maintain their nature as unilateral statements.

It should be emphasised however, that although the formulation of declarations on the signing or acceptance of a treaty is

---

tee, Summary record of the 16th meeting, 29 October 1998, A/C.6/53/SR.16). Consent with the proposed guideline has been expressed by AL-BAHRNA, delegate from Bahrein (Summary Record of the 21st meeting, 5 November 1998, A/C.6/53/SR.21) and the Greek delegate TELALIAN (Summary Record of the 22nd meeting, 5 November 1998, A/C.6/53/SR.22).

(20) Sixth Committee, Summary Record of the 18th Meeting, 2 November 1998 (A/C.6/53/SR.18).

(21) See *below*, § 5.

(22) Sixth Committee, Summary Record of the 20th Meeting, 4 November 1998 (A/C.6/53/SR.20).

(23) Sixth Committee, Summary Record of the 18th Meeting, 2 November 1998 (A/C.6/53/SR.18).

a very common practice, perhaps more common even than the notification of a reservation, the Vienna Convention on the Law of Treaties makes no mention of it (24). For this reason the States expressly asked the Commission to take into consideration the distinction between true reservations and interpretative declarations, as well as the differences in the juridical regime applying to the one as against the other (25).

An examination of practice in this field indicates that States resort to a variety of different terminologies, both with respect to the title given to the statement formulated on the signing or approval of a treaty and in the statement's text. Thus it is that one finds that the title ''reservation'' and the descriptions ''declaration'' or ''interpretative declaration'' are often accompanied by ''communication'' and at times by ''interpretative statement'' (26). It is also common to find such statements left untitled (27).

---

(24) During the work of the Commission, several proposals were made on this regard. Sir G. FITZMAURICE had proposed, in 1956, a definition according to which ''A 'reservation' is a unilateral statement... but it does not include mere statements as to how the State concerned proposes to implement the treaty, or declarations of understanding or interpretation, unless these imply a variation on the substantive terms or effect of the treaty''; in 1962, Sir H. WALDOCK, suggested to qualify the reservation as ''a unilateral statement whereby a State, when signing, ratifying, acceding to or accepting a treaty, specifies as a condition of its consent to be bound by the treaty a certain term which will vary the legal effect of the treaty in its application between that State and the other party or parties to the treaty. An explanatory statement or statement of intention or of understanding as to the meaning of the treaty, which does not amount to a variation in the legal effect of the treaty, does not constitute a reservation''. Thereafter, the text of the definition was not amended. The commentary that the Commission appended in its report to the General Assembly on the work of its eighteenth session (1966), which was used as a working document at the Vienna Conference, is therefore extremely important. It is short but significant for, once again, Commission tacitly contrasts the concept of a reservation with that of an interpretative declaration.

(25) A. PELLET considers as an omission ''of great practical concern the distinction between reservations and the 'interpretative declarations' which States seem to resort to with increasing frequency, and on which the three Vienna Conventions on the Law of treaties are silent''.

(26) The word is used by United Kingdom upon signature of the International Convention on the Elimination of All Form of Racial Discrimination, *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General*, Status as at 31 December 2000, New York, 2001, vol. I, p. 148 (hereafter quoted as *Multilateral Treaties* (2001).

(27) In the text of the statement itself the authors resort to various expres-

The Commission determined that

> ''interpretative declaration'' should mean a unilateral statement, however phrased or named, made by a State or by an international organization whereby that State or that organization purports to specify or clarify the meaning or scope attributed by the declarant to a treaty or to certain of its provisions (28).

The distinction between reservations and interpretative declarations remains, however, not an easy one to construct; as the Commission itself states:

> The terminology is hesitant;
> The practice of States and international organizations is uncertain; and
> The declarants' objectives are not always unambiguous (29).

One point though is undisputed. It is widely accepted, confirmed by a number of cases in the jurisprudence, that a declaration, communication or other such statement has to be considered as a true reservation when it reflects the definition attributed to the term by the Vienna Conventions, irrespective of the name given to it. Indeed, it is clear from the ''Viennese'' definition already cited above (included without substantial amendment in the text of the Guideline so far adopted by the Commission) that all forms of nominalism have to be excluded from this area of the law. In the definition referred to above it is expressly stated that by reservation is meant a ''unilateral statement, however phrased or named''; and this results in any statements which have the effect of excluding or modifying ''the effect of certain provisions of the treaty'', even where called declarations or given some other name, to be considered as true reservations (30). The problem of how to establish in all cases,

---

sions: the State sometimes ''reserves the right'' o ''declares'', otherwise ''does not consider itself bound'', ''retains for itself the right'', or ''understands'', ''considers'', ''interprets''. See the investigation made by Mc Rae, *The Legal Effect of Interpretative Declarations*, in *British Yearbook of International Law*, 1978, p. 155, and by M.F. Gennarelli, *Le riserve ai trattati internazionali*, Milano, 2001, p. 104 ff.

(28) Guideline 1.2, Definition of interpretative declarations.

(29) Report of the International Law Commission, 1999.

(30) See Mc Rae, *The Legal Effect of Interpretative Declarations*, cit., p. 155; R. Sapienza, *Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali*, Milano, 1996; R. Baratta, *Gli effetti delle riserve nei trattati*, cit, p. 52. In some

whether one is dealing with a reservation or an interpretative declaration or again, simply with a statement which does not have the effect of either, is a question the Commission has defined as being ''extremely difficult''. Even so, it has attempted to provide a number of distinctive criteria in the Guide to Practice. The first of these criteria is a substantive one, namely of not attributing a determinative value either to the denomination given to the statement or to the terms used in it. Enquiry should be made instead into the effect that the statement itself produces (31), interpreting it in good faith, taking into account the intentions of its author (32). There is a specific guideline

---

decisions, the statements formulated by the States have been requalified; see the Report of the European Commission of Human Rights rendered on 5 May 1982 in the Temeltasch case, *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, vol. 25, and the commentary by G. COHEN-JONATHAN and J.-P. JACQUÉ, *Annuaire français de droit international*, 1982, p. 524; on the same decision, P.-H. IMBERT, *Reservation to the European Convention on Human Rights before the Strasbourg Commission: the Temeltasch Case*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1984, p. 560; see also the decision rendered on 29 April 1988 by the European Court of Human Rights in the Belilos case, Series A, No. 132; with the commentaries of G. COHEN-JONATHAN, *Revue générale de droit international public*, 1989, p. 273; S. MARKS, *Reservations Unhinged: the Belilos Case before the European Court of Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1990, p. 304; the Decision of the United Nations Human Rights Committee in the case of T.K. and M.K. v. France, 8 November 1989; Communications Nos. 220 and 222/1987 (doc. A/45/40, vol. II, pp. 122-123, § 8.6), with the commentary by G. COHEN-JONATHAN, *Notes sur les décisions et constatations du Comité des Droits de l'homme des Nations Unies relatives à la France (1989)*, in *Annuaire français de droit international*, 1989, p. 430.

(31) According to guideline 1.2.2, Phrasing and name, It is not the phrasing or name of a unilateral declaration that determines its legal nature but the legal effect it seeks to produce. However, the phrasing or name given to the declaration by the State or international organization formulating it provides an indication of the desired objective. This is the case in particular when a State or an international organization formulate several unilateral declarations in respect of a single treaty and designates some of them as reservations and others as interpretative declarations.

(32) The text of the guidelines is the following: 1.3 Distinction between reservations and interpretative declarations. The character of a unilateral statement as a reservation or an interpretative declaration is determined by the legal effect it purports to produce. 1.3.1 Method of implementation of the distinction between reservations and interpretative declarations. To determine whether a unilateral statement formulated by a State or an international organization in respect of a treaty is a reservation or an interpretative declaration, it is appropriate to interpret the

dealing with the case where a treaty does not permit reservations (33).

So far as concerns joint formulations, this distinction has no importance in practice, since the Guide to Practice states in the same words that the joint formulation of a reservation (Guideline 1.1.7) or of an interpretative declaration (Guideline 2.2.1) "does not affect the unilateral nature" of the assertion.

While it is obvious that a reservation may be formulated by only a number of States, it is conversely possible that an interpretative declaration might be formulated jointly by all contracting parties. With regard to this question the fact that Guideline 2.2.1 refers to the case of a declaration formulated jointly by "several States or international organisations", makes it clear that it cannot be applied to the case of an interpretative declaration formulated by all parties. In these latter circumstances the declarations have to be considered rather as collective documents to fall within the ambit of application of Article 31, § 2 (*a*) and 3 (a) in the Vienna Conventions of 1969 and 1986 which deal with collateral agreements relating to the interpretation or application of the treaty (34).

On the other hand, practice indicates that States, when signing, ratifying or acceding to a treaty, sometimes formulate other assertions which, in the view of the Commission, must be excluded from the scope of the Guide to Practice because they

---

statement in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms, in the light of the treaty to which it refers. Due regard shall be given to the intention of the State or the international organization concerned at the time the statement was formulated.

(33) Guideline 1.2.3. Formulation of an interpretative declaration when a reservation is prohibited. When a treaty prohibits reservations to all or some of its provisions, a unilateral declaration formulated in respect thereof by a State or an international organization shall be considered to constitute an interpretative declaration and not a reservation. If, however, the declaration seeks to exclude or modify the legal effect of certain provisions of the treaty in their application to its author, the declaration must be considered an impermissible reservation.

(34) The Vienna Convention on the Law of Treaties provides, in article 31 devoted to "general rule of interpretation", that "any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty" and "any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions" will be taken into account for the purpose of the interpretation of the agreement.

do not come under the law of treaties as they neither constitute a reservation nor an interpretative declaration. As a consequence, the Commission has adopted a number of guidelines referring to that kind of statements (35).

With regard to the above it should be noted that the International Law Commission is currently working on unilateral acts; whereas acts involving the signing of, ratification of, accession to, and denunciation of treaties together with other acts which, though appearing unilateral in form do fall within the law of treaties, have been expressly excluded from the Commission's work in this field. The types of declarations listed above, while formally representing unilateral acts ''although apparently endowed with greater autonomy, do not in fact enjoy any independent existence as unilateral acts — that is, they do not in and of themselves produce legal effects'' (36). In particular: ''With regard to interpretative declarations, the situation might be thought to be different, since such declarations are formulated regardless of whether they are permitted by the treaty, either expressly or tacitly. For some, these declarations may be considered to belong to an intermediate area, between reservations and unilateral acts. Although this issue is important, it may be concluded that such declarations cannot be regarded as autonomous either, that is, they do not have a separate existence and do not produce effects in and of themselves, and should therefore be regarded as forming part of a treaty-based relationship'' (37).

According to the work being conducted by the Commission, one of the characteristics of unilateral acts is their autonomous nature. It is consequently difficult to decide whether or not communications or declarations formulated on the occasion of the signing of, ratification of, or accession to a treaty, dif-

---

(35) The guidelines on the ''Unilateral statements other than reservations and interpretative declarations'' concern: Statements purporting to undertake unilateral commitments, Unilateral statements purporting to add further elements to a treaty, Statements of non-recognition, General statements of policy, Statements concerning modalities of implementation of a treaty at the internal level (*I.L.C. Reports*, 1999).

(36) *First Report on Unilateral Acts of States*, by V. RODRÍGUEZ-CEDEÑO, Special Rapporteur, A/CN.4/486, § 22.

(37) *Ibidem*, § 99.

fering from reservations or interpretative declarations in the true sense, do in fact fall within the scope of the law of treaties. It is hence possible that these are acts whose juridical classification lies outside both the scope of the Guide to Practice relating to reservations and to that of the current project dealing with unilateral acts.

4. A study of the practice adopted by States does not reveal the existence of joint reservations in the proper sense. There are however, some examples of joint declarations and others of joint communications as well as of joint objections. There is moreover, a substantial number of cases where two or more States have formulated absolutely identical reservations or declarations, justifying the assumption of a consultation on the formulation of the reservation itself (38), and this apart from those cases where the similarity between the reservations is due to reference to a provision contained in the treaty text itself.

In the analysis of these practices we shall have cause to mention cases of assertions made in joint form and other whose contents are identical. This might assist in the analysis of the reasons for States working together in drawing up reservations. It is even possible that, in the light of the new guidelines and the development of the law in the area of reservations, in similar future circumstances more States wishing to agree on the notification of reservations have recourse to the joint formulation.

As has already been emphasised, it is far from easy to dis-

---

(38) When examining the volumes of the United Nations Series "*Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General*", it is possible to find that in some cases the reservations and declarations of identical content are repeated in their integrity under the name of the author, while in other cases the statement is quoted only once, and under the names of the other parties who have formulated the same statement the volume mentions: "same reservation (or same declaration) as the one reproduced under...". It is the task of the Depositary, in those instances the Secretary general of the United Nations, to establish the way in which reservations, declarations and objections are registered; see P.-H. IMBERT, *A l'occasion de l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne sur le droit des traités - Réflexions sur la pratique suivie par le Secrétaire général des Nations Unies dans l'exercice de ses fonctions de dépositaire*, in *Annuaire français de droit international*, 1980, p. 524; H.H. HAN, *The U.N. Secretary-General's Treaty Depositary Function: Legal Implications*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 1988, p. 562.

tinguish, on the one side, between reservations and interpretative declarations, and on the other between reservations and interpretative declarations (taken together) and other assertions which, while formulated on the occasion of the signing or approval of a treaty, cannot be considered as belonging to either type of unilateral statement governed by the Guide to Practice drawn up by the Commission. For this reason, when examining the practice in the field of reservations and joint declarations, one would find difficult to keep separate the two cases; but this is set off by the fact that such distinction does not hold great significance for the purposes of this paper. As a matter of fact, while it may be true that reservations and interpretative declarations do not share the same juridical regime, it is also true that, so far as concerns their joint formulation, the two Guidelines state, by using the same wording, that both reservations and interpretative declarations, even when formulated jointly, maintain their nature as unilateral acts. This means that, even though they may have been formulated jointly, they still fall within the scheme applying to reservations and declarations generally. As a result, the analysis undertaken here will use the names given to the statements by their authors without seeking to reconstruct their juridical nature. Some statements will also be included in this enquiry which perhaps, in the light of the Guide to Practice which is in the process of adoption, could not be considered either as reservations or as interpretative statements.

A considerable number of examples of joint declarations are offered by the practice of the European Community and its member States of which the following are notable.

The occurrence which seems to be the first and, by the same issue, the first test of the compatibility of an agreement with the Treaty of Rome raised before the European Court of Justice (39) took place when the European Community member States of the time (excluding Italy) noted identical reservations aimed at taking account of the existence of the Common Market to the European Agreement Concerning the Work of Crews of

---

(39) ECJ, 31 March 1971, C-22/70, Commission v. Council (E.R.T.A.), Reports 1971, p. 263.

Vehicles Engaged in International Road Transport (AETR), concluded at Geneva on 1st July 1970 (40).

Reservations from a number of Community members, although in this case not exactly identical — perhaps due to the different dates of ratification and of the formulation of the reservations themselves — were made to the Convention on a Code of Conduct for Liner Conferences, concluded at Geneva on 6th April 1974 (41).

A true example of a joint declaration was the one formulated by Belgium, Denmark, France, Germany, Ireland, Italy and the Netherlands on the signing, on the same day, of the Protocol to the Agreement on the Importation of Educational, Scientific and Cultural Materials of 22nd November 1950, concluded at Nairobi on 26th November 1976 (42). Italy, the Netherlands and Ireland repeated the declaration individually, while it was formulated in separate form by Luxemburg, the United Kingdom and Greece.

Another example of a joint declaration is that formulated by the European Community itself, together with its member States Belgium, Denmark, France, Germany, Ireland, Italy and Luxemburg, in consideration of common economic policies and interests, with respect to the Sixth International Tin Agreement, concluded at Geneva on 26th June 1981 (43). This is one of the first examples of a mixed agreement, negotiated and concluded with the participation of both the Community and the member States, adopting a technique which was to become usual (44).

The 1982 Convention on the Law of the Sea is a further example of mixed agreement. During its negotiation it had ap-

---

(40) "Transport operations between the member States of the European Economic Community shall be regarded as national transport operations within the meaning of the AETR in so far as such operations do not pass in transit through the territory of a third State which is a contracting party to the AETR"; *Multilateral Treaties (2001)*, vol. I, p. 742.

(41) *Multilateral Treaties (2001)*, vol. II, p. 36.

(42) *Multilateral Treaties*, Status as at 30 April 1999, New York, 1999, p. 667, hereafter quoted as *Multilateral Treaties (1999)*.

(43) Greece formulated an identical reservation separately, probably because they signed the agreement a few days later.

(44) The first mixed agreement is the International Rubber Agreement, concluded at Geneva on 6 October 1979.

peared to be difficult for the third Countries to ascertain which aspects were within the transferred powers of the Community and which still resorted of the competence of the Member States (45); and of course the same difficulty was likely to raise during the implementation of its provisions. The European Community did thus formulate a complex declaration, together with an Annex, making clear which matters, i.e. in the field of sea fishing (46), have been transferred by the member States to the competence of the Community; all the member States formulated identical declarations, recalling their belonging to the European Community (47).

Another extremely lengthy and complex declaration was that made by the European Community with reference to the Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10th December 1982 relating to the Conservation and management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks, adopted on 4th August 1995. The first part of this declaration takes the form of an explanation provided by the Community to identify its own scope of competence and that of its Member States respectively. The second part consists in a number of "Interpretative Declarations" made both by the Community and by its Member States. They thus represent joint interpretative declarations (48).

---

(45) The Convention was concluded at Montego Bay, Jamaica, on 10 December 1982, and is now in force in 123 Countries. For the issue of the partition of competence between the European Community and its member States, see G. GAJA, *The European Community's Participation in the Law of the Sea Convention: Some Incoherences in a Compromise Solution*, in *Italian Yearbook of International Law*, 1980-81, p. 110; T. TREVES, *The EEC and the Law of the Sea Conference: How Close to One Voice?*, in *Toward a New International Marine Order* (F. LAURSEN ed.), The Hague-Boston-London, 1982, p. 97.

(46) *Multilateral Treaties (2001)*, vol. II, p. 216. The Annex enumerates the Community texts relating directly to subjects covered by the Convention, and the conventions concluded by the Community in the sector of the law of the sea.

(47) The European Countries did not have common positions on all the issues; however, during the negotiation of the Convention it is possible to ascertain the birth of a "solidarité des Etats Membres"; see T. TREVES, *La Communauté européenne et la Zone économique exclusive*, in *Annuaire français de droit international*, 1976, p. 653, part. p. 676.

(48) *Multilateral Treaties (2001)*, vol. II, p. 245. Netherlands has also formulated the same declaration in identical terms in a disjoint instrument.

Other occasions for the Community and its Member States to specify by a joint declaration which competences belong to the former and which to the latter arose in the case of the United Nations Framework Convention on Climate Change (49) and on signing the Kyoto Protocol to the same Convention, adopted on 11th December 1997 (50) and again a joint declaration of the European Community and its Member States is to be found annexed to the Convention on Biological Diversity (51).

It is thus possible to see a consistent trend in the practice of the Community and of its Member States. After the first step taken in concert in the case of the 1970 AETR Convention there has been a phase of joint declarations by all the Member States (Nairobi Protocol of 1976), then the European Community itself acceded to the treaties as a contracting party, co-ordinating the declarations with its member States (cases of the 1981 Tin Agreement and of the 1982 Montego Bay Convention). The most recent development seems to be the joint formulation of declarations, as has been the case with regard to the 1992 Convention of the Climate Change and its 1997 Protocol, and to the 1992 Convention on Biological Diversity.

So far as concerns the ambit of the European Community there are treaties which, while not taking the form of mixed agreements, as they are ratified by the member States only and not by the European Community as well, still relate to subjects entailing the possible interference with the obligations set out in the Treaty of Rome. One example is the Convention on the Prohibition of the Development, Production, Stockpiling and Use of Chemical Weapons and on their Destruction (52). In this case

---

(49) Concluded at New York on 9 May 1992; the European Community made the following declaration: ''The European Economic Community and its Member States declare that the commitment to limit anthropogenic CO_2 emissions set out in article 4(2) of the Convention will be fulfilled in the Community as a whole through action by the Community and its member States, within the respective competence of each'', in *Multilateral Treaties (2001)*, vol. II, p. 374.

(50) *Multilateral Treaties (2001)*, vol. II, p. 377. Ireland, which was already a member of the Community, has formulated ad identical declaration, formally disjoint.

(51) Convention opened for signature at Rio de Janeiro on 5 June 1992, *Multilateral Treaties (2001)*, vol. II, p. 380.

(52) Opened for signature at Paris on 13 January 1993; *Multilateral Treaties (2001)*, vol. II, p. 314.

all the States members of the European Community at the date of ratification formulated the same declaration (53).

The European Community and its member States have in some cases formulated jointly, or at least in concert, objections to reservations or declarations (54).

A joint objection, recorded under the single name of the ''European Community'', and formulated ''On behalf of the European Community and its Member States'', was expressed against the Soviet Union's reservation made to the International Tropical Timber Agreement, concluded at Geneva on 18th November 1983 (55). The objection stressed the right of the Community to be a party to the agreement. A similar reaction, also registered under the single name of the ''European Community'', is to be found in a joint objection to the Soviet Union declaration formulated in relation to the 1986 Wheat Trade Convention (56).

Joint declarations can depend on a particular political situation concerning a number of States; they are often recorded as annexes to the status of a treaty. For instance, joint declarations have frequently been made by France, the United Kingdom and the United States in reply to a declaration effected by the Soviet Union, reacting in its turn to the extension by the then German Federal Republic of the application of the Treaty to which the Declaration refers to West Berlin; the base of the joint declaration being the provision in the Quadripartite Agreement be-

---

(53) According to that declaration ''As a Member State of the European Community, the Government of... will implement the provisions of the Convention on the Prohibition of Chemical Weapons, in accordance with its obligations arising from the rules of the Treaties establishing the European Communities to the extent that such rules are applicable''.

(54) In the earliest times, this practice had been started by only a few of the member States; see, as an example, the identical objection lodged by France and Italy with reference to the reservation formulated by Soviet Union on the Agreement on the International Carriage of Perishable Foodstuffs and on the Special Equipment to be used for such Carriage (ATP) concluded at Geneva on 1st September 1970, *Multilateral Treaties (2001)*, vol. I, p. 746.

(55) *Multilateral Treaties (1999)*, p. 739.

(56) Concluded at London on 14th March 1986; *Multilateral Treaties (1999)*, p. 742.

tween the Soviet Union, the United Kingdom, France and the United States of 3rd September 1971 concerning Berlin (57).

In a number of cases, China and United Kingdom have formulated jointly a declaration concerning the application of the treaty to Hong Kong; this happened, for instance, in respect of the 1951 Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, and in respect of the 1974 Convention on a Code of Conduct for Liner Conferences.

Examination of practice reveals that the States of Eastern Europe have also often resorted to identically worded reservations and declarations to numerous conventions. One of the first cases is the series of reservations formulated by Bulgaria, Byelorussia (now Belarus), Czechoslovakia, Hungary, Poland, Rumania, Ukraine and the Soviet Union (now Russian Federation) (58) on signing the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide adopted by the General Assembly of the United Nations on 9th December 1948. As well known, it was in relation to this Convention that the International Court of Justice issued its advisory opinion of 28th May 1951 on the request of the General Assembly of the United Nations to which the Secretary General had referred. In fact the words used are not exactly the same, even though all the reservations are concerned with Article XII of the Convention; but these reservations provoked cumulative objections by several States (59).

---

(57) Examples of joint declarations of this type can be found in annex to the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, adopted by the General Assembly of the United Nations on 13 February 1946; to the Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies, approved on 21 November 1947; to the Convention on the Nationality of Married Women, done at New York on 20 February 1957; to the International Convention Against the Taking of Hostages and to the Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, the last two adopted by the General Assembly of the United Nations on 17 December 1979; to the Convention on Long-Range Transboundary Air Pollution, concluded at Geneva on 13 November 1979.

(58) We use the actual denominations of these Countries, even if the reservation, the declaration or the objection have been deposited previously.

(59) See, for an example, the reservation made by China: ''The Government of China... objects to all the identical reservations made at the time of signature or ratification or accession to the Convention by Bulgaria, Byelorussia So-

In general, as a result of the practice of reservations and declarations made in concert, it is possible to determine that often other States have formulated objections encompassing all the identical or very similar statements. This happened, for instance, with reference to the reservations formulated in relation to the Convention on the Political Rights of Women, opened for signature at New York on 31st March 1953. Canada, Denmark, Ethiopia, Israel, Norway, Pakistan and Sweden lodged objections to the identically-worded reservations by a group of States from Eastern Europe (60).

A number of reservations are related to the binding resolution of disputes, in particular in relation to the jurisdiction of the International Court of Justice. It is well-known that Eastern European States, together with a number of other States inspired by socialist ideology, contested the jurisdiction of the International Court of Justice. Even though they were themselves members of the Court given the necessary connection between the accession to the Charter of the United Nations and to the Statute of the Court (61), none of them, until the dissolution of the Soviet Union, had signed the optional clause granting compulsory jurisdiction (62). Reservations linked with this issue were lodged, for example, to the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations adopted by the General Assembly on 13th February 1946 (63) and to the Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies approved by the General Assembly on 21st November 1947 (64), to

---

viet Socialist Republic''. China then repeated its objection against the reservations made later by Albania and by Myanmar; *Multilateral Treaties (2001)*, vol. I, p. 135.

(60) *Multilateral Treaties (2001)*, vol. II, p. 85.

(61) The admission to the United Nations includes the adhesion to the Statute of the International Court of Justice; alternatively, it is possible to adhere to the Statute of the Court without becoming a member of the United Nations, as it is for Switzerland and for several other States which then became member of the U.N.

(62) After that event, Bulgaria, Hungary and Poland have signed the optional clause; this is partly due to the dissolution of the Eastern Bloc, and partly to the enhancement of the methods of pacific settlement of disputes; see T. TREVES, *Le controversie internazionali. Nuove tendenze, nuovi tribunali*, Milano, 1999, p. 6 ff.

(63) *Multilateral Treaties (2001)*, vol. I, p. 42.

(64) ''According to the reservations, the States do non consider themselves

the Vienna Convention of 23rd May 1969 on the Law of Treaties (65) and to numerous other conventions (66). With regard to the identical reservations inspired to this same concern made by several Eastern States to the Convention on the Political Rights of Women (67), it is to be observed that a number of States born after the dissolution of the Soviet Union, such as Kazakhstan, Kyrgyzstan, the Republic of Moldova, Tajikistan, Turkmenistan and Uzbekistan have acceded to the Convention without any reservation.

Some reservations have been concerned with the observance of the principle of equality between States. Thus, with regard to the Vienna Convention on Diplomatic Relations concluded in Vienna on 18th April 1961, the socialist States lodged two reservations in identical terms. The first of these provides as follows: the States consider that ''any difference of opinion regarding the size of a diplomatic mission should be settled by an agreement between the sending State and the receiving State'', while the second states that the provisions of the Convention preventing a certain number of States from joining it ''are inconsistent with the very nature of the Convention, which is universal and should be open for accession by all States'' in accordance with the principle of equality (68). Given the identical

---

bound by the provision of the Convention which envisages the compulsory jurisdiction of the International Court and take the view that, in regard to the competence of the International Court in differences arising out of the interpretation and the application of the Convention, the consent of all the parties to the dispute is required in every individual case", in *Multilateral Treaties (2001)*, vol. I, p. 48 ff.

(65) *Multilateral Treaties (2001)*, vol. II, p. 264.

(66) Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, adopted by the General Assembly of the United Nations on 13 February 1946; Convention on the Privileges and Immunities of the Specialized Agencies, approved on 21 November 1947; Convention on Psychotropic Substances, concluded at Vienna on 21 February 1971; Convention on the Prevention and Punishment of Crimes against Internationally Protected Persons, including Diplomatic Agents, adopted by the General Assembly of the United Nations on 14 December 1973; Convention on Transit Trade of Land-Locked States, done at New York on 8 July 1965; International Convention Against the Taking of Hostages, adopted by the General Assembly of the United Nations on 17 December 1979; European Agreement on Main International Railway Lines (AGC), concluded at Geneva on 31 May 1985.

(67) *Multilateral Treaties (2001)*, vol. II, p. 82.

(68) *Multilateral Treaties (2001)*, vol. I, p. 97 ff. Suggested by the same

formulation of the reservations in question, several States formulated a single objection dealing with such reservations as a whole (69).

In a number of cases the Eastern European countries formulated declarations concerned with clauses of treaties referring, for their application, to dependent countries or territories. Such reservations, most of which have recently been withdrawn, were drafted on the basis that clauses of this type "are outdated and contradict the Declaration of the General Assembly of the Unites Nations on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples". One such example was that of the European Agreement concerning the Work of Crews of Vehicles Engaged in International Road Transport (AETR), concluded at Geneva on 1st July 1970 (70).

Belarus, the Russian Federation and Ukraine formulated declarations whose contents were identical with regard to the United Nations Convention on Contracts for the International

---

concern are the reserves introduced by Belarus, the Russian Federation and Ukraine with identical wording at the Single Convention on Narcotic Drugs, done at New York on 30 March 1961, in *Multilateral Treaties (2001)*, vol. I, p. 372; and, with different wording, by other socialist countries as Bulgaria, Hungary and Poland; also, the reserves of Russia, Mongolia and Ukraine to the International Covenant on Economic Social and Cultural Rights, adopted by the General Assembly of the United Nations on 16 December 1966, in *Multilateral Treaties (2001)*, vol. I, p. 161; to the Convention on Non-Applicability of Statutory Limitations to War Crimes and Crimes Against Humanity, adopted by the General Assembly of the United Nations on 26 November 1968 (Belarus, Cuba, Russia, Ukraine; Afghanistan, Albania, Bulgaria, Guinea, Hungary, Laos, Mongolia, Poland, Romania with a different wording; *Multilateral Treaties (2001)*, vol. I, p. 222).

(69) Australia, Belgium, Canada, Denmark, France, Germany, Greece, Luxembourg, Malta, Netherlands, New Zealand, Thailand.

(70) *Multilateral Treaties (2001)*, vol. I, p. 742. In respect of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, adopted by the General Assembly of the United Nations on 9 December 1948, several Eastern Countries have declared to disagree "with article XII of the Convention" and to consider "that all the provisions of the Convention should extend to Non-Self Governing Territories, including Trust Territories"; similar assertions have been made in relation to the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, opened for signature at New York on 7 March 1966; to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, adopted by the General Assembly of the United Nations on 16 December 1966 and to the International Covenant on Civil and Political Rights, adopted by the General Assembly on 16 December 1966.

Sale of Goods. They state that ''any provision of article 11, article 29 or Part II of this Convention that allows a contract of sale or its modification or termination by agreement or any offer, acceptance or other indication of intention to be made in any form other than in writing does not apply where any party has his place of business'' in their territory (71).

The Eastern countries have often resorted to statements formulated in concert, in relation to the refusal of recognition of States or entities. This occurred with reference to China and the Government of Taipeh (72), in respect of the State of Kampuchea (73), while only Russia contested the participation to a number of treaties of the European Community (74).

So far as concerns Byelorussia and Ukraine, it cannot be ignored that, at least until 1990, both their status as States under international law and hence their international juridical personality was controversial. In effect, both Byelorussia and Ukraine, up to the dismemberment of the Soviet Union, enjoyed foreign power and autonomy in international relations only on a formal level (75). The practice followed in joint reservations, declara-

---

(71) *Multilateral Treaties (2001)*, vol. I, p. 493.

(72) Communications made by the Eastern countries in regard to the Amendment to Article 61 of the Charter of the United Nations, adopted by the General Assembly of the U.N. on the 20 December 1971, *Multilateral Treaties (1999)*, p. 33; to the Convention on Road Traffic, concluded at Vienna on 8 November 1968, *Multilateral Treaties (1999)*, p. 566.

(73) With regard to the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, opened for signature at New York on 7 March 1966, a number of States stated in the form of an objection that ''The ratification of the above-mentioned International Convention by the so-called 'Government of Democratic Kampuchea' — the Pol-Pot-Ieng Sary clique of hangmen overthrown by the Kampuchean People — is completely unlawful and has no legal force. There is only one State of Kampuchea in the world — The People's Republic of Kampuchea — recognized by a large number of countries. [...] The farce involving the ratification of the above-mentioned convention by a clique representing no one mocks the norms of law and morality and blasphemes the memory of millions of Kampuchean victims of the genocide committed by the Pol-Pot-Ieng Sary régime'', in *Multilateral Treaties (2001)*, vol. I, p. 150.

(74) See, for instance, the Russian declaration made to the 1986 International Wheat Agreement, in *Multilateral Treaties (1999)*, p. 741.

(75) As well known, the participation to the Conference held in San Francisco, and the subsequent admission as original members to the United Nations of Ukraine and the then Byelorussia had been decided in Yalta; in order to compen-

tions and objections constitutes a demonstration of this approach. It is also reasonable to infer that these different acts, while undoubtedly the result of a concert, were not formulated jointly in order to give greater emphasis to the autonomy and independence of their authors, no matter if only existing on a formal level. This practice seems however to have come to an end. Many of the Eastern Countries, following the break-up of the Soviet Union, have withdrawn their earlier reservations, while others, the Russian Federation, Belarus and Ukraine, did maintain them, often joined by Mongolia and Bulgaria. Yet there are no new examples of concert in the formulation of reservations or declarations in the recent times.

It is interesting to mention that in the practice of an important group of conventions, those promoted within the Council of Europe, the Eastern Countries have joined under the new political circumstances, one finds no examples of joint reservations or declarations nor even cases of co-ordination between the parties. And, notably, at least up to now, not even Russia, Belarus and Ukraine seem to have acted in concert in the accession to the conventions adopted within the Council of Europe, and they appear to conduct themselves in complete autonomy with respect to these international instruments.

Another domain where we do not find joint or co-ordinated reservations or declarations are the conventions drawn up by the Hague Conference of Private International Law. The fact that the possibility of making reservations is in this field governed by a specific provision of the treaty itself is certainly the main reason for this circumstance, while a second is to be attributed to the minor political character of these agreements.

Declarations by States where they emphasise that accession to a treaty does not imply recognition of another State being party to the treaty, like the ones that we have seen in the practice of the Eastern countries, are of frequent occurrence (76).

---

sate for the political isolation of the Soviet Union, Ukraine and Byelorussia were accepted as member States in the U.N.; the Soviet constitution was amended by the insertion of an article 18 (*a*), which granted to the federal republics the right to a foreign policy. HOMBER, *Admission to the United Nations*, in *British Yearbook of International Law*, 1947, p. 90; B. CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, Padova, 2000.

(76) As it has been mentioned above, the Guide to Practice establishes in

Arab countries have frequently made declarations with reference to the recognition of Israel. Although clearly motivated by the same concern, this kind of declarations remains formally separate, using different forms of words (77).

Other nations belonging to unions of States have sometimes resorted to the same practice concerning reservations and declarations. A formally joint declaration has been made by some Caribbean Countries to the Agreement establishing the Caribbean Development Bank (78). With regard to the Nordic Council, there are examples of statements made in concert. With reference to the 1954 Convention concerning Customs Facilities for Touring, Denmark, Finland and Sweden reserved the rights of applying special rules to persons residing in Scandinavian countries (79); they also lodged, together with Norway, identical declarations and reservations on the same date to the 1974 Convention on a Code of Conduct for Liner Conferences (80); Sweden, Norway and Finland with the same words, Denmark with some dissimilarities declared that some parts of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods are not to apply to contracts of sale when the parties have their places of business in a Nordic country (81).

In the field of humanitarian law, and in particular with reference to the Protocol I to the 1949 Geneva Convention (82),

---

Guideline 1.4.3 that statements of non-recognition cannot be considered as reservation or even declaration, and therefore are outside the scope of the Guide to Practice itself. This seems to be, however, a difficult issue, in which the members of the Commission had different views, as is explained in the 1999 Reports of the International Law Commission.

(77) See for an example the statements made by Iraq, Lybia and Syria in regard to the 1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, *Multilateral Treaties (2001)*, vol. I, p. 163.

(78) Done at Kingston on 18 November 1969, in *Multilateral Treaties (2001)*, vol. I, p. 472; the Countries concerned are Antigua, Bahamas, British Honduras, British Virgin Islands, Cayman Islands, Dominica, Grenada, Montserrat, St. Christopher-Nevis-Anguilla, St. Lucia, St. Vincent, Turks and Caicos Islands, which refer to ''international financial institutions'' of which they are members.

(79) *Multilateral Treaties (2001)*, vol. I, p. 513.

(80) *Multilateral Treaties (2001)*, vol. II, p. 37.

(81) Concluded at Vienna on 11 April 1980; *Multilateral Treaties (2001)*, p. 493.

(82) Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949,

some NATO countries (83) have expressed identical reservations, which appear to have been concerted; however, no express mention is made in the text of the reservations to the Atlantic Alliance membership (84). These statements concern the methods of warfare — and in particular affirm that the rules introduced by the Protocol apply exclusively to conventional weapons, without prejudice to any other rules of international law applicable to other types of weapons — and the protection of civilian or civilian objects.

In regard to the 1954 New York Convention relating to the Status of Stateless Persons, El Salvador, Guatemala and Honduras made identical reservations on the special treatment granted to the nationals of Spain and of Latin America Countries, in particular to those which form the Organization of Central American States (85).

More often, as happened in regard of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees (86), the belonging to international organizations or unions of States has suggested the formulation of reservations or declarations, which are motivated by a regional solidarity or by similar political or religious inspiration, but have different wording and thus do not appear made in concert.

5. The examples set out above, together with the two Guidelines adopted by the International Law Commission, per-

---

and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977.

(83) Belgium, Canada, France, Germany, Ireland, Italy, Netherlands, Spain, United Kingdom; for the text of the reservations, see the web site of the International Committee of the Red Cross: *www.cicr.org*.

(84) Express reference to a category of ''réserves OTAN'' is made by C. LAUCCI, *La France adhère au Protocole I relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux*, in *Revue générale de droit international public*, 2001, p. 687 and p. 690 ff.

(85) *Multilateral Treaties (2001)*, vol. I, p. 327.

(86) *Multilateral Treaties (2001)*, vol. I, p. 313; similar declarations are made by some of the Countries belonging to the Nordic Council, reserving special rights and privileges to the nationals of Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden; reference to the East African Community and the Organization of African Unity is made by Uganda.

mit to draw a number of conclusions with regard to the legal regime of joint reservations and declarations.

Firstly, the joint formulation of reservations and interpretative declarations must be assumed as entirely legitimate and cannot be opposed to or declared as impermissible. This is supported by practice as has been seen above. Indeed, neither the Depositary nor any of the other contracting States have ever contested the joint formulation of a declaration or the presentation of reservations of identical content, undeniably the fruit of concerted action.

In the second place, as the Guidelines state, even when formulated jointly, reservations and interpretative declarations do not become a collective act for that reason; they maintain their nature as unilateral acts. It can be then inferred that they can be withdrawn by one or more of the States concerned and not necessarily by all of them. In fact we have seen that after the dissolution of the Eastern Bloc a number of countries have withdrawn the reservations made to some of the conventions. Although these reservations were not formally joint, the Guidelines appear to be even in this case in conformity with practice: any agreement underlying the formulation of identical or joint reservations has, indeed, no significance for the relations created by the treaty to which the reservations themselves apply.

The joint presentation of reservations, declarations and objections may have some positive effects.

It may be stated that a joint assertion is stronger and politically more significant than an isolated one. An interesting example can be mentioned in relation to the Vienna Convention of 1988 on Illicit Traffic in Narcotics Drugs (87). Brazil, upon signature, had declared that ''paragraph 11 of article 17'' (concerning the repression of the traffic of narcotics in the high sea) ''does not prevent a coastal State from requiring prior authorization for any action under this article by the other States in its Exclusive Economic Zone'' (88). All the member States of the European Community reacted with concerted objections to this declaration, which was to be considered as going ''further than

(87) United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, concluded at Vienna on 19 December 1988.

(88) *Multilateral Treaties (2001)*, vol. I, p. 397.

the rights accorded to coastal States by international law'' (89); it is thus worthy of note that Brazil did not repeat its declaration at the moment of the ratification (90).

On a practical perspective, joint assertions become more easily recorded, and this may occur to be convenient when checking a treaty's status of ratifications.

When one reservation is identical to another it has been noted that in some cases the Depositary has recorded it, for the sake of convenience, with the wording ''Same reservation as the one...''. Normally though, even when the reservations are identical they are set out in full, resulting in a repetition whose sole effect is to make the treaty annexes more cumbersome. When some difference exists, it is necessary to enquire whether it is purely a lexical one or whether it has some effect, representing an indication of a difference in the wishes and intentions of the States concerned.

There are indeed examples of reservations whose content is analogous but which do not appear to have been co-ordinated. One such example is to be found in the reservations and declarations made with reference to the Convention on the Political Rights of Women, opened for signature at New York on 31st March 1953, when some States lodged reservations regarding the recruitment of women in the armed forces (91). In this case the similarity of the reservations is attributable to the fact that the States concerned had similar provisions in their national legislation on the subject. Other examples can be found in the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (92) and in the Convention on the Rights of the

---

(89) *Ibidem*, p. 400.

(90) On this issue see T. TREVES, *Intervention en haute mer et navires étrangers*, in *Annuaire français de droit international*, 1995, p. 657.

(91) Australia, Austria, Italia, Malta, Sierra Leone, Mauritius, Germany and some others, in *Multilateral Treaties (2001)*, vol. I, p. 82.

(92) Adopted by the General Assembly of the United Nations on 18 December 1979, in force in 166 countries, in *Multilateral Treaties (2001)*, vol. I, p. 229. The reservations referring expressly to the Shariah, or to law inspired by it, were made by Algeria, Bangladesh, Egypt, Kuwait, Lybian Arab Jamahiriya, Malaysia, Maldives, Morocco; on those reservations, see the commentaries by B. CLARK, *The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women*, in *American Journal of International Law*, 1991, p. 281; R.J.

Child (93), where many Islamic countries reserved the right not to apply those provisions as conflicting with the Islamic Shariah.

The joint presentation of reservations should also make it easier to formulate objections which could be expressed cumulatively, thus avoiding the uncertainties which may arise when a State formulates an objection against the reservation made by another, without repeating the objection against completely identical reservations lodged by other States. This did happen in relation to the Convention on Genocide: Sri Lanka (then Ceylon) declared that it did not accept the reservations made by Rumania; it did not however contest the identical reservations made by other States. This conduct cannot be explained with reference to the particular relations existing between the two States nor by reference to the mere chronological order of the deposit of the reservations since, when Rumania had lodged its reservation, Bulgaria had preceded it with the same reservation. It is well known that an objection can never be presumed and it is therefore impossible to maintain by implication that Sri Lanka had meant in any way to repeat identical objections against the other reservations with identical contents.

The juridical effects of a situation of this kind are certainly influenced by the conception of the effects of reservations and objections, a conception which requires examination (94). When

---

COOK, *Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, in *Virginia Journal of International Law*, 1990, p. 643.

(93) Adopted by the General Assembly of the United Nations on 20 November 1989, in force in 191 countries, *Multilateral Treaties (2001)*, vol. I, p. 276. Reservations and declarations connected with the Islamic law were expressed by Afghanistan, Algeria, Brunei Darussalam, Egypt, Iran, Iraq, Jordan, Kuwait, Maldives, Mauritania, Morocco, Oman, Qatar, Saudi Arabia, Syria, United Arab Emirates, and concern in particular the child's freedom of religion and the provisions on adoption.

(94) On this issue, two opinions are faced: the theory of the opposability and the thesis of the permissibility (First Report on the Law and Practice relating to Reservations to Treaties, A/CN.4/470, p. 49); see J. KYONGUN KOH, *Reservations to Multilateral Treaties: How International Legal Doctrine Reflects World Vision*, in *Harvard International Law Journal*, 1982, p. 75; C. REDGWELL, *Universality or Integrity? Some Reflections on Reservations to General Multinational Treaties*, in *British Yearbook of International Law*, 1993, p. 263; I. SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, 2nd ed., 1984, p. 58; see also L. MIGLIORINO, *Le obiezioni alle riserve nei trattati internazionali*, Milano, 1997, who

a reservation has not raised objections from any of the contracting parties, is it possible that an objection be raised based on a conflict of that reservation with the subject matter and purpose of the treaty? And again, when the reservation has been contested by one of the Parties, can another State use that objection to raise the question of the inadmissibility of the reservation?

There is a presumption that reservations are permissible deriving from the clear wording of Article 19 of the two Vienna Conventions. Such a presumption gives way to an explicit or implicit prohibition contained in the treaty, or to a situation when the reservation is ''incompatible with the object and purpose of the treaty'' (95). According to one view, the validity of a reservation depends solely on the consent of the other States (96); if this were true it would be necessary to conclude that, in the absence of objections, the admissibility of a reservation cannot be put in question. Yet in several occasions international bodies have maintained that it is always possible to enquire as to the admissibility of a reservation (97): these pronouncements are

---

makes a distinction between the effects of an objection regarding an impermissible reservation (part. p. 75), and the effects of an objection to a permissible reservation (part. p. 89).

(95) The concept of incompatibility with the object and the purpose of the treaty, which represents one of the most relevant issues in the Advisory Opinion rendered by the International Court of Justice in regard to the Genocide Convention, and has then been codified by art. 19 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, in uncertain; see P.-H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, cit., p. 109; L. MIGLIORINO, *Le obiezioni alle riserve nei trattati internazionali*, cit., p. 19 ff, according to whom ''La varietà e la soggettività delle obiezioni di incompatibilità formulate dagli Stati sono significative dell'indeterminatezza e forse indeterminabilità dell'espressione in parola'' (p. 26); R. BARATTA, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, cit., p. 121 ff; the author considers that the customary rule on the compatibility of the reservations with the object and the purpose of the treaty has become more flexible.

(96) See J.M. RUDA, *Reservations to Treaties, Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1975-III, vol. 146, p. 158; P.-H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilatéraux*, p. 134; K. ZEMANEK, *Some Unresolved Questions concerning Reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties*, in *Etudes Lachs*, The Hague, 1984, p. 331; G. GAJA, *Unruly Treaties Reservations*, in *Studi Ago*, Milano, 1987, vol. I, p. 313; R. BARATTA, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, cit., p. 121.

(97) European Court of Human Rights, 29 April 1988, Belilos case, Series A, No. 132; ECHR, 22 May 1990, Weber case, series A, No. 177; ECHR, 23 Octo-

however concerned exclusively with agreements on human rights, a subject which is governed by a number of special rules included in the area of reservations (98), and for this reason this argument is not conclusive.

According to another assumption, it is always possible to contest a reservation on the assumption that it is against the object and the purpose of the treaty (99).

Brought to their extreme consequences, the two opinions have different effects. In the case referred to above of an objection made by a State against a reservation which is not repeated against a reservation of identical effect made by another State, it could be argued that the existence of an objection renders the first reservation challengeable at least by the author of the objection, while the subsequent reservations, not being subject to an objection would be, for that reason, unchallengeable. This is a conclusion which, at least in the absence of reasons rendering

---

ber 1995, Gradinger case, Series A, No 328-C; U.N. Human Rights Committee, Consideration of Reports Submitted by States Parties Under Article 40 of the Covenant, Doc. CCPR/C/79/Add. 50 (1995).

(98) This has been emphasized by the Human Rights Committee of the United Nations, in the General Comment adopted on 2 November 1994 (*International Legal Materials*, 1995, p. 839, and *Rivista di diritto internazionale*, 1996, p. 577); in relation to the rules of the Vienna Convention, ''... the Committee believes that its provisions on the role of State objections in relation to reservations are inappropriate to address the problem of reservations to human rights treaties. Such treaties, and the Covenant specifically, are not a web of inter-State exchanges of mutual obligations. They concern the endowment of individual with rights. The principle of inter-State reciprocity has no place, save perhaps in the limited context of reservations to declarations on the Committee's competence under article 41. And because the operation of the classic rule on reservation is so inadequate for the Covenant, States have often not seen any legal interest in or need to object to reservations. The absence of protest by States cannot imply that a reservation is either compatible or incompatible with the object and purpose of the Covenant''.

(99) ''The issue of 'permissibility' is the preliminary issue. It must be resolved by reference to the treaty and is essentially an issue of treaty interpretation; it has nothing to do with the question of whether, as a matter of policy, other Parties find the reservations acceptable or not. The consequence of finding a reservation 'impermissible' may be either that the reservation cannot be accepted by a Party holding it to be impermissible or that the impermissible reservation nullifies the State's acceptance of the treaty as a whole''; D.W. BOWETT, *Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties*, in *British Yearbook of International Law*, 1976-77, p. 88.

something which is permissible for one State impermissible for another (100), appears both illogical and inconsistent. It is reasonable to believe that joint formulation of reservations will contribute to making occurrences of this type less likely.

A possible objection to introducing a regulatory scheme for joint reservations is that, by making it easier for them to be lodged, it might lead to an increase of the number of reservations and, as a result, would this not increase the number of objections? The analysis of practice undertaken above has shown that both the countries of Eastern Europe, prior to the break-up of the Soviet Union, and the Member States of the European Community have often had recourse to co-ordinated reservations and, with regard to the second group, to joint declarations. It is thus possible to argue that the fact that reservations have been lodged as separate instruments up to now has not represented an obstacle to the will to co-ordinate them.

It may be recalled that a similar concern was raised in relation to the provisions on reservations contained in the 1969 Vienna Convention: the fear was then that the introduction of precise rules in the field of reservations might lead to an increase in their number. To this date this has not yet occurred (101).

Declarations and reservations translate a need undoubtedly essential of exactness and clarification in a context of multilateral agreements where the participants are numerous and the conventional provisions often general. Taking into account their differences of situations and of interests, the States are attentive not to undertake obligations which could result from the text of the treaty and which do not take into consideration those particular circumstances.

The joint formulation of these specificities appears to be functional to a world in which, despite of globalisation and multilateralism, the particularities pertaining to some groups of States remain and even gain strength.

---

(100) This could occur when States have objective differences, for instance industrialized Countries and developing Countries.

(101) This analysis has been made some time ago by J.K. GAMBLE, *Reservations to Multilateral Treaties - A Macroscopic View of State Practice*, in *American Journal of International Law*, 1980, p. 373; to date his conclusions can be maintained.

GENERAL RESERVATIONS TO MULTILATERAL TREATIES

BY

ANDREA SASSI
Dottore in giurisprudenza, Università degli studi di Milano

SUMMARY: 1. Introduction. — 2. General reservations in international practice. — 3. Article 57 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. — 4. Conclusion.

1. The Vienna Convention on the Law of Treaties dated May 23rd 1969 codified the rules governing the formulation of reservations by States. Article 19 of the Convention provides that a State may always formulate a reservation, unless such reservation is prohibited under the treaty or is incompatible with its object and purpose (the so called "compatibility test" applied to determine whether or not a reservation is permitted under a treaty). Article 2(1)(*d*) defines a reservation as a unilateral statement whereby a State purports to exclude or vary the legal effect of a treaty provision. It is therefore clear that, regardless of the name and purpose attributed to reservations by the party formulating them, all reservations to treaties have a well defined application and function, namely, to exclude or vary certain treaty provisions. Since, as highlighted by the Inter-American Court of Human Rights, every reservation must be construed within the specific context of the treaty, following the "literal rule" of construction (1), reservations that are too vague are deemed inadmissible insofar as it is not possible to precisely determine their application and effect. The international practice shows that a "general (2) reservation" can be defined as (*a*) a declaration which does not address itself to a particular treaty

---

(1) Inter-American Court of Human Rights, Advisory opinion 3/83, September 8 1983, *Restrictions to the Death Penalty in Guatemala*. Judgements and opinions, 3, chapter 63.

(2) Even if, as explained below, the effect of general reservations may be better understandable and explained by the word "*vague*", which according to the Oxford American Dictionary refers to something not clearly expressed, perceived or identified, or by the word *generic*, which may refer to a whole genus or group of effects, I have utilised the word *general* since it is used by all English speaking authors and also by the drafters of the English official version of the European

article but still is intended to modify the application of the treaty with respect to the formulating State without precisely determine the range of its application, or (*b*) a declaration intended to exclude or to modify the application of a treaty provision of which does not specify the extent of this exclusion or modification, leaving, in both cases, to the formulating State total discretion as of its application.

Neither the Vienna Convention nor any of the International Law Commission reports on reservations to treaties broadly addresses the precise effect of a general reservation. The draft Guide to Practice on reservations prepared by the International Law Commission makes a clear distinction between general statements of policy, expressing a State's view on a treaty without purporting to produce a legal effect on it, which, therefore, should not be considered reservations, and general reservations. It also points out that general reservations should be differentiated by reservations of broad but specified nature, such as reservations excluding or limiting the application of a treaty to certain categories of persons, objects, situations, territories, circumstances or national laws (3).

During preparatory work on the Vienna Convention, the Israeli delegation requested and obtained a change of language, from "*some*" to "*certain*", with regard to provisions that may be subjected to reservation. The Israeli delegation in fact pointed out that the English text of the paragraph "statement [...] whereby it purports to exclude or vary the legal effect of *some* provisions" did not fully correspond to the French text "déclaration [...] par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de *certaines* dispositions" [emphasis supplied] which appeared to be a more precise expression of the Commission's intention (4). According to Professor Bonet Perez the aim of the request was, firstly, to avoid the formulation of broadly worded

---

Convention on Human Rights. Please note that the French and Italian versions of the said Convention respectively use the words "*general*" and "*generale*".

(3) See UN Document A/54/10, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-first session, Chapter VI, Reservations to Treaties.

(4) UN Document A/CN.4/177 and Add.1 and 2: Fourth Report on the law of treaties, by Sir Humphrey Waldock, Special Rapporteur. In United Nations, *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II, 1965, p. 15.

and insufficiently precise reservations and, secondly, to highlight the fact that specific provisions to which a reservation refers, must be unequivocally identified (5).

This article attempts to examine whether or not a general reservation is in fact a reservation (in which case, as pointed out by the International Law Commission, it must comply with the rules set forth for reservations under the Vienna Convention), and whether or not general reservations are admissible, as well as to clarify the effects and outcomes in each case. Signatories frequently avail of general reservations to obtain a wide range of results, often making it difficult to accurately determine their obligations and reliably construe treaty provisions, so as to ensure their proper application. A number of cases must therefore be examined so as to evaluate and appreciate the real effects of general reservations. Not all general reservations are automatically deemed inadmissible although some may become inadmissible if their application entails an outcome that runs contrary to the treaty or international law. As a matter of fact, depending on how a general reservation is construed, it could turn out to be an invalid provision or a different type of reservation altogether, or just a general statement of policy (6). Lastly, it will be determined which, if any, authority is empowered to set aside a reservation as null and void as well as the effects of such nullity.

2. In light of the total absence of any references to general reservations (save for article 57 of the ''European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms'' which will be discussed later), I shall examine how the issue has been addressed and dealt with in international practice. Most of the cases examined relate to general reservations formulated in respect of provisions of human rights treaties. Such reservations are especially submitted by Islamic countries for the purpose of adapting and conditioning the application of such

(5) J. BONET PEREZ, *Las reservas a los tratados internacionales*, JMB Editor, Barcelona, 1996, p. 64.

(6) It is possible to identify different types of reservations: interpretative reservations, political declarations, constitutional supremacy reservations, colonial and federal clauses, provisions allowing a State to limit or derogate treaty obligations, optional clauses.

treaties to their religious rules and principles (7), as well as by the United States of America that, in some cases, by seeking to subject treaty provisions to the US Constitution, in fact strip the treaties in question of most of their significance and effect. As reported by David Sloss, the Carter Administration even considered proposing a general reservation on all human rights treaties that ''would have subordinated all such treaties to the Constitution and Laws of the United States''. This proposal was never adopted, since its opponents convincingly argued that such a reservation ''would make ratification meaningless and would harm the cause of human rights'' (8).

With regards to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women (9), the following countries have entered general reservations subordinating the application of the treaty to the principles and laws contained in the Holy Koran, the Islamic *Shari'a* or, more in general, Islamic or domestic law (10): Bangladesh, Egypt, Iraq, Kuwait, Libya, Malaysia, Malawi, Maldives, Morocco, Pakistan, Thailand and Tunisia. In particular, Maldives declared that ''The Government of the Republic of Maldives will comply with the provisions of the Convention, except those which the Government may consider contradictory to the principles of the Islamic Sharia upon which the laws and traditions of the Maldives are founded'', thus making three general references to other sources of law: the Islamic *Shari'a*, the domestic law and local traditions. Malawi made a general reservation (withdrawn by notification to the Secretary-General of the United Nations on October 24, 1991)

---

(7) Some countries such as Iran, Sudan and Saudi Arabia have even repeatedly claimed that Islamic law takes precedence over international law. This principle is, obviously, reflected in their reservations.

(8) See: DAVID SLOSS, *The Domestication of International Human Rights: Non-Self-Executing Declarations and Human Rights Treaties*, in *The Yale Journal of International Law*, Vol. 24, 1999, p. 176.

(9) G. A. Res. 180 (XXXIV 1979). Adopted by the General Assembly of the United Nations on December 18, 1979, entered into force on September 3, 1981.

(10) See: United Nations, *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General — Status as at 31 December 1997*, New York, 1998. See also the United Nations website at *http://untreaty.un.org/*. Please note that the information contained in this article concerning the status of treaties deposited with the Secretary-General of the United Nations are updated as of February 10, 2000.

subordinating the application of the Convention to customs and traditional practices ''which were deeply diffused within the Country''. Tunisia also made a general reservation (although it described it as a ''declaration'') that it would not conform to the requirements of the Convention in cases of ''conflict with the provisions of chapter I of the Tunisian Constitution''. Bangladesh made it clear that it was not considering itself bound by the provisions of articles 2 and 16 of the Convention ''as they conflict with Sharia law based on Holy Quran and Sunna''. Israel entered a general reservation to article 16 of the Convention ''to the extent that the laws on personal status which are binding on the various religious communities in Israel do not conform with the provisions of that article''.

The following countries have objected to these general reservations on the grounds that they were too vague or incompatible with the object and purpose of the treaty: Austria, Germany, Denmark, Finland, Holland, Norway and Sweden. In particular Finland objected, inter alia, that ''[...] the unlimited and undefined character of the said reservations create serious doubts about the commitment of the reserving State to fulfil its obligations under the Convention. In their extensive formulation, they are clearly contrary to the object and purpose of the Convention. Therefore, the Government of Finland objects to such reservations. [...] the said reservations are subject to the general principle of treaty interpretation according to which a party may not invoke the provisions of its domestic law as a justification for failure to perform its treaty obligations. [...] reservations of such unspecified nature may contribute to undermining the basis of international human rights treaties. [...] the Government of Finland further notes that the reservations made by the Government of Kuwait are devoid of legal effect''. As a consequence of the objections made by Finland and other countries, on January 29, 1999, the Government of Maldives notified the UN Secretary-General, that it would partially amend the reservation made upon accession, so as to make it more specific.

The Government of Norway, pointing out that Libya had entered a general reservation limiting the application of the treaty to the laws and rules regulating personal status, dictated by the Islamic *Shari'a*, concluded that the objected reservation was incompatible with the object and purpose of the treaty, ob-

serving that: ''A reservation by which a State Party limits its responsibilities under the Convention by invoking religious law (Shariah), which is subject to interpretation, modification, and selective application in different countries adhering to Islamic principles, may create doubts about the commitments of the reserving States to the object and purpose of the Convention. It may also undermine the basis of international treaty law''. Sweden, while objecting to the general reservations, also commented on their real outcome: ''Indeed, the reservations in question, if put into practice, would inevitably result in discrimination against women on the basis of sex, which is contrary to everything the Convention stands for. [...] they would render a basic international obligation of contractual nature meaningless''. In a communication to the UN Secretary-General dated July 23 1997, Portugal observed that the Pakistan's general ''declaration" regarding the Convention was not a declaration at all, but a general reservation that did not clearly identify the treaty provisions to which it referred'' (11).

In some cases, signatory States may avoid censure merely by explaining and defining the application of their general reservations to treaties. In the cases mentioned above, it is in fact difficult to assess the impact of the reservation on the Convention even with a knowledge of the Islamic *Shari'a*. It is interesting, in this regard, to examine reservation to Article 16 of the Convention — which requires State Parties to take steps to eliminate discrimination against women with respect to marriage and family, during marriage and on its dissolution (the so called principle of ''Complementarity'') — that Egypt entered on the grounds that the *Shari'a* requires a man to pay a bride price to his wife, to maintain her during marriage and to make a payment on divorce, whereas women do not have any parallel obligations. In light of this disparity in marital duties, Egypt contended that, by requiring a wife to obtain a divorce solely through legal proceedings, while leaving a husband free of any such legal constraints, the *Shari'a* did in fact promote ''complementarity'' between spouses. By formulating this contention,

(11) '' Pakistan declared that: ''The accession by [the] Government of the Islamic Republic of Pakistan to the [said Convention] is subject to the provisions of the Constitution of the Islamic Republic of Pakistan''.

Egypt subordinated the application of the Convention to the *Shari'a*, but also explained the exact scope, effect and underlying motivation of its reservation. Despite Egypt's contentions, however, the reaction of the other State Parties remained unaltered and the reservation was declared incompatible with the purpose and object of the Convention. This case shows that general reservations are generally formulated with the goal of obtaining an escape clause that allows the reserving State to apply a treaty on the basis of its own interpretation, while avoiding censure by other State Parties. These reservations, in fact, result in strong reactions mainly from States following the ''western'' doctrine (12), within the wider context (that will not be discussed here) of differences in the way ''Western''and Islamic nations construe human rights, and, more generally, deal with conflicts between law, religion and customs (13).

As for the International Covenant on Civil and Political Rights (14), while many States (15) have entered vague or general reservations to the Covenant, the reservations formulated by the United States have most especially given rise to fierce reactions from the other State Parties. The United States deposited

---

(12) See: COURTNEY W. HOLLAND, *The Challenge of Religious Fundamentalism to the Liberty and Equality Rights of Women: An Analysis under the United Nations Charter*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 35, 1997; LISA C. STRATTON, *The Right to Have Rights: Gender Discrimination in Nationality Laws*, in *Minnesota Law Review*, Vol. 77, 1992-93; HILARY CHARLESWORTH, CHRISTINE CHINKIN and SHELLEY WRIGHT, *Feminist Approaches to International Law*, in *American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991; BELINDA CLARK, *The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women*, in *American Journal of International Law*, Vol. 85, 1991; REBECCA COOK, *in Reservations to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 30, 1990.

(13) For a broad examination of these issues, please see, inter alia, the proceedings of ''The International Symposium on Human Rights in Islam'' held in Rome from 25 to 27 February 2000 at the Islamic Cultural Centre, hosted by the Muslim World League. See also International Herald Tribune, Thursday, March 16, 2000, p. 7.

(14) G.A. Res. 2200, 21 GAOR, Supp. 16, U.N. Doc. A/6316, at 52. Adopted by the General Assembly of the United Nations on December 16, 1966; entered into force on March 23, 1976.

(15) See in United Nations, *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary-General — Status at December 31, 1997*, New York, 1998, the reservations formulated by Australia, Austria, Israel, Mexico and Korea.

its instrument of accession on June 8, 1992, accompanying it with several reservations and interpretative declarations, two of which seek to exclude from the Covenant's scope, current practices relating to the death penalty. In particular, the United States declared to reserve the right, ''subject to its constitutional constraints, to impose capital punishment on any person (other than a pregnant woman) duly convicted under existing or future laws permitting the imposition of capital punishment, including such punishment for crimes committed by persons below eighteen years of age'' and considered itself bound by article 7 of the Covenant ''to the extent that cruel, inhuman or degrading treatment or punishment means the cruel unusual treatment or punishment prohibited by the Fifth, Eight and Fourteenth Amendments to the Constitution of the United States'' (16).

Eleven European signatories of the Covenant filed objections alleging that these reservations were invalid since they are too generic and run against the object and purpose of the treaty (17). In particular, Spain objected that ''the reservation (2) of the United States having regard to the capital punishment for crimes committed by individuals under 18 years of age, in addition to reservation (3) having regard to article 7, constitute general derogations from articles 6 and 7, whereas, according to article 4 paragraph 2 of the Covenant, such derogations are not to be permitted''.

The Human Rights Committee, in its comments on the initial report by the United States concerning compliance with the Covenant, issued on April 6, 1995, declared that the reservations to article 6(5) and article 7 were invalid (18).

Some authors have pointed out that while it is (or should be!) common practice for reserving States to give specific references to the domestic legislation that the State intends to shelter

---

(16) As pointed out by the Human Rights Committee, the ultimate outcome of this general reservation would be to allow some States like California to practice, in violation of article 7 of the Covenant, execution by asphyxiation in the gas chamber. See Human Rights Committee Communication No. 469/1991, U.N. Doc. CCPR/C/49/D/469/1991.

(17) See objections formulated by Belgium, Denmark, Finland, France, Germany, Holland, Italy, Norway, Portugal, Spain and Sweden.

(18) Human Rights Committee, 53d Sess., 1406th mtg., U.N. Doc. HR/CT405/9503/405.

from the treaty, the United States chose to make a general reservation that would allow it, in theory, to execute very young children, insane or severely mentally handicapped defendants, to impose capital punishment for crimes without violence, crimes against morality, political crimes and to impose punishments that are unquestionably inhuman, such as stoning or public beheading, without breaching its obligations under the Covenant (19).

As far as the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (20) is concerned, as in the case of other human rights treaties, the United Stated entered a reservation aimed at subordinating the application of the Convention's provisions to the US Constitution. Nine European States entered objections with respect to the U.S. reservations to the Genocide Convention (21). In particular, Italy objected the second reservation made by the United States, because ''[...] it creates uncertainty as to the extent of the obligations that the Government of the United States of America is prepared to assume with regard to the Convention''.

With regards to the Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (22), as with the abovementioned Conventions, the United States entered a reservation subordinating the application of the Convention to its Constitution, in particular subjecting treaty application to the provisions of the Fifth, Eight and Fourteenth Amendments. Only three European States objected to this reservation: Finland, The Netherlands and Sweden. In particular, Finland declared that ''a reservation which consists of a general reference to national law without specifying its contents does not clearly define to the other Parties to the Convention the extent to which the reserving State commits itself to the Conven-

---

(19) WILLIAM A. SCHABAS, *Invalid reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: is the United States still a party?*, in *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 21, 1995, p. 277.

(20) 78 U.N.T.S. 277. Adopted by the U.N. General Assembly on December 9, 1948. G.A. Res. 2670, 3 GAOR, Part 1, U.N. Doc. A/810, p. 174. Entered into force on January 12, 1951.

(21) Denmark, Finland, Ireland, Italy, Holland, Norway, Spain, Sweden and United Kingdom.

(22) Annex G.A. Res. 46 (XXXIX 1984).

tion and, therefore, may cast doubts about the commitment of the reserving State to fulfilling its obligations under the Convention''.

3. The original draft of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (23), did not contain any reference to reservations: the United Kingdom delegation, during the Conference of Senior officials held in June 1950, proposed to include a provision regulating the formulation of reservations to the Convention. In particular, the United Kingdom proposed that two main requirements be included: that the reservation should contain a brief statement of the law concerned and that reservations of a general character should not be permitted. These principles have been embodied in Article 64 of the Convention, that, by virtue of Protocol n°. 11 to the Convention, signed at Strasbourg on November 5, 1994, has, as from November 1, 1998, been numbered as Article 57.

Article 57 clearly provides that: ''Any State may, when signing this Convention or when depositing its instrument of ratification, make a reservation in respect of any particular provision of the Convention to the extent that any law then in force in its territory is not in conformity with the provision. Reservations of a general character shall not be permitted under this Article. Any reservation made under this article shall contain a brief statement of the law concerned'' (24). Many States have entered reservations, or ''declarations'' that are substantially reservations (25), that do not comply with the requirements set forth in

---

(23) 213 U.N.T.S. 221, E.T.S. 5. Signed at Rome on November 4, 1950; entered into force on September 3, 1953.

(24) On this Article see: WILLIAM A. SCHABAS, ''*Article 64*'', in LUIS-EDMOND PETITTI, EMMANUEL DECAUX AND PIERRE-HENRI IMBERT, *La Convention européenne des Droits de l'Homme — commentaire article par article —*, Economica, Paris, 1995, p. 923. See also: S. MARCUS-HELMONS, *L'article 64 de la Convention de Rome ou les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 1968, pp. 14-26.

(25) In particular see: declaration of Malta on Article 6 § 2: *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 9, pp. 24-27; reservation of Malta to Article 2 § 2, *id.*, 9, pp. 24-27; reservation of Austria to Articles 5 and 6, *id.*, 2, pp. 88-91; reservation of Lichtenstein to Articles 2 § 2 (*a*) and 6 §§ 1 and 8, doc. H/INF (91) 2, *feuille d'information n° 28*, p. 1; reservation and interpretative de-

Article 57, while others like Portugal have fully complied with the provisions of the Article (26).

Relying on the provisions of Article 57, which is unique in the annals of international law, in a historical judgement unprecedented in international case law, on April 29, 1988, the European Court of Human Rights set aside a reservation to a treaty, as null and void. Switzerland, in fact, had entered an ''interpretative declaration'' stating that ''The Swiss Federal Council considers that the guarantee to a fair trial in Article 6(1) of the Convention, in the determination of civil rights and obligations or any criminal charge against the person in question is intended solely to ensure ultimate control by the judiciary over the acts or decisions of the public authorities relating to such rights or obligations or the determination of such a charge'' (27). On March 1983, a Swiss national, Mrs. Belilos, after having in vain appealed to national courts against a decision of the Police Board of the city of Lausanne, which, according to Swiss law, was not subject to judicial review, applied to the European Commission on Human Rights for violation by the Swiss Government of Article 6 of the Convention (28). The Commission

---

claration of Switzerland to Article 6 § 1 and interpretative declaration to Article 6 § 3 (*c*) (*e*), *id.*, 17, pp. 6-9; declaration of Spain on Articles 15 and 17, *id.*, 22, pp. 24-25; reservation of Greece to Article 2 of Protocol 1, *id.*, 19, pp. 20-21; reservation of Luxemburg to Article 1 of Protocol 1, *id.*, 1, p. 42; declaration of Austria on Article 1 of Protocol 1, *id.*, 2, pp. 88-91; reservation of Turkey to Article 2 of Protocol 1, *id.*, 1, p. 43; reservation of France to Article 5 of Protocol 7, *id.*, 29, p. 6.

(26) Portugal, by means of a letter, dated November 8, 1978, addressed to the Council of Europe, together with the instruments of ratification, entered reservations subordinating the application of some provisions of the Convention to its law, constitution or military regulations, but, as required by Article 57, fully explained the content and the range of the mentioned norms. See: *Yearbook of the European Convention on Human Rights*, 21, pp. 12-18.

(27) Article 6 of the European Convention on Human Rights states inter alia that ''everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law''.

(28) See: Belilos Case, 132 Eur. Ct. H.R. (ser. A) (1988). On May 29, 1981, the Police Board for the city of Lausanne, Switzerland, fined Mrs. Marlene Belilos 200 SFr for participating in an unauthorised street demonstration. Mrs. Belilos appealed her fine to the Police Board, which, affirmed the conviction. Mrs. Belilos contested this decision before the Court of Criminal Cassation of the canton of Vaud, relying principally upon Article 6 of the European Convention on Human

noted that ''It can easily be seen that in respect of the safeguards for an accused, the Swiss declaration seems to have general, unlimited scope, the effect of which in Switzerland would be to deprive an accused almost entirely of the protection of the Convention''. Furthermore, the commission held that the Swiss Government's failure to include, as required by Article 57, a brief statement of its non conforming law ''confirms its vague, general character''. Finally, the Commission concluded that since neither the Swiss Court of Criminal Cassation nor the Federal Court had jurisdiction to review the Police Board's administrative decision, Switzerland had not satisfied the requirements of Article 6 (1) of the European Convention on Human Rights.

The European Court of Human Rights, to which both the Commission and the Swiss government referred the case, found that the Swiss interpretative declaration was *de facto* a reservation and that this reservation was of a ''general character'', and therefore fell short of the requirement of ''precision and clarity'' imposed under Article 57 of the Convention. In particular, the Court stated that ''In order to establish the legal character of such a declaration, one must look behind the title given to it and seek to determine the substantive content. In the present case, it appears that Switzerland meant to remove certain categories of proceedings from the ambit of Article 6 (1) and to secure itself against an interpretation of that Article which it considered to be too broad''. The Court, after finding that the Swiss interpretative declaration was indeed a reservation of a general character

---

Rights. She argued that the Police Board did not have power to adjudicate her offence in light of the requirements of Article 6, which guarantees individuals the right to a fair trial. On November 25, 1981, the Criminal Cassation dismissed Mrs. Belilos' appeal. Mrs. Belilos next filed a public-law appeal with the Swiss Federal Court, arguing again that Switzerland had violated Article 6 of the European Convention by allowing the Police Board to make factual determinations that were not subject to judicial review before an independent and impartial tribunal. The Federal Court, in dismissing the appeal, held that Article 6 of the European Convention, as limited by Switzerland's interpretative declaration, did not require a review by a court with full competence to re-examine the facts. On the Belilos Case see also: HENRY J. BOURGUIGNON, *The Belilos Case: New Light on Reservations to Multilateral Treaties*, in *Virginia Journal of International Law*, Vol. 29, 1989, p. 347. SUSAN MARKS, *Reservations Unhinged: the Belilos Case before the European Court of Human Rights*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 39, 1990, pp. 300-327.

inconsistent with the requirements of Article 57 (1), concluded that a State could not enter "a reservation couched in terms that are too vague or broad for it to be possible to determine their exact meaning and scope". Further finding that the Swiss declaration did not contain any "brief statement of the law concerned", the Court held that the Swiss interpretative declaration, being a reservation of general character and failing to contain a statement of the law concerned, was null and void. Finally, the Court added that "At the same time, it is beyond doubt that Switzerland is, and regards itself as, bound by the Convention irrespective of the validity of the declaration", thus failing to explain what the consequences of its finding the reservation null and void could have been.

As a result of the Court's decision, on May 16, 1988, Switzerland deposited a new declaration with the Secretary-General of the Council of Europe, stating that: "The Swiss Federal Council considers that the guarantee of a fair trial in Article 6, paragraph 1 of the Convention, in the determination of civil rights and obligations is intended solely to ensure ultimate control by the judiciary over the acts or decision of the public authorities relating to such rights and obligations. For the purpose of the present declaration "ultimate control of the judiciary" shall mean a control by the judiciary limited to the application of the law, such as cassation control". It must be noted that since Article 57 provides for reservations to be made only when signing the Convention or when depositing the instrument of ratification, although none of the other parties to the Convention nor the depositary of the declaration, that is to say the Secretary-General of the Council of Europe, raised objections to the above mentioned declaration, it seems likely that, like its predecessor, the declaration would be held invalid, if the same matter would come again before the Court.

4. It would seem that an invalid reservation may be declared as having no legal effect between reserving and objecting parties, even though the State entering the reservation might not have been willing to accept its treaty obligations without the protection afforded under the general reservation. In such a situation, the reserving State may be forced to withdraw from the

treaty, since, without such withdrawal, the State in question would be deemed in law to have accepted its treaty obligations without reservation. A similar situation arose when, as a direct result of objections against their general reservations to the CEDAW Convention, Malawi withdrew from the treaty while Maldives decided to specify its reservation. Nevertheless, it must be noted that, except few cases, none of the CEDAW and other human rights Conventions objecting States rejected the entry into force of the treaty between themselves and the reserving States.

From a strictly legal standpoint, however, it would seem that the habit of entering general reservations aimed at subjecting the application of treaty provisions to general rather than specific principles (that may well be open to various interpretations), such as national Constitution, domestic legislation, religion and local customs, ought to be considered unlawful, especially in light of the following considerations: (*i*) even if it can be demonstrated that the final outcome of the application of a general reservation would be conflicting with the object and purpose of a treaty (article 19 of the Vienna Convention), imprecise reservations are often meant to ''cheat'' the requirements of the Vienna Convention, since it is very difficult to apply the article 19 test; (*ii*) as pointed out by many States and also by the doctrine (29), reservations are subject to the general principle regarding the interpretation of treaties by virtue of which a party can not invoke his domestic law to escape from the obligations undertaken with the signature (and ratification) of a treaty (30); (*iii*) the general reservations to the CEDAW treaty should also be considered inadmissible with regard to the obligations assumed by State Parties under articles 55 and 56 of the UN Charter, that require member States to promote gender equality and to refrain from undermining the object and purposes of the Charter by rendering themselves incapable of co-operating for the furtherance of such equality; (*iv*) finally, States also have a general duty to perform their obligations under the Charter in

---

(29) See: COURTNEY W. HOLLAND, *supra* note 12, p. 371.

(30) This principle is also codified by article 27 of the Vienna Convention which reads: ''A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty [...]''.

good faith, in keeping with the principle of *pacta sunt servanda* (31).

As some authors have pointed out, even States that have objected to general reservation do not uniformly and equally apply the abovementioned principles: for instance, Germany has objected to Tunisia's reservation to the CEDAW Convention, under which Tunisia sought exemption from applying the Convention, in cases where such application is in conflict with the Tunisian Constitution. Germany's main contention was that the reservation was not permitted because of its imprecise nature. At the same time, however, Germany did not object to vaguely worded French reservations that subject certain articles of the same Convention to unspecified provisions contained in the French Civil Code (32). One explanation for this inconsistency may be that, since Germany is more familiar with the French legal system than with the Tunisian Constitution, Germany requires less assurance regarding uncertainty in the case of France. From a legal standpoint, nevertheless, the inconsistency remains, since the main point of Germany's objections to Tunisian reservations is that the reservations are too vague and general. With regard to the French reservations, it must be pointed out that the mere fact, that a very limited number of parties may be in a better position to assess the meaning and extent of a particular reservation, does not in itself alter the vague nature of the reservation that continues to suffer from the defect of imprecision. Lastly, it must also be borne in mind that out of a total of 161 signatories to the CEDAW treaty, 12 entered reservations to which only 7 parties objected. More interestingly, all the objecting States are located in North Western Europe, thus indicating a certain type of cultural approach to human rights in general and to womens rights in particular.

Save in the case of the European Convention on Human Rights, the situation is not very different when one looks at other human rights treaties: the vast majority of objections to general reservations are entered by European countries. This comes as

---

(31) This principle is also codified by article 26 of the Vienna Convention which reads: "Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith".

(32) See: BELINDA CLARK, *supra* note 12, p. 311.

no surprise, since these are the very countries that set up the European Court of Human Rights that, by becoming the only international court to ever declare a general reservation null and void (in the Belilos case discussed above), has proved to be efficient in safeguarding the proper and lawful application and legality of reservations to a human rights treaty.

What would happen if the international community were to set up a universally accepted judicial body to examine general reservations and declare them null and void, should the reservations fail to meet legal requirements? No decision by an international court has so far provided an answer to this question. As Henry Bourguignon reports (33), during the discussion of the Belilos case, the Swiss spokesman suggested several alternatives results: (*i*) if one applies the contract theory of treaties, the State that formulated an invalid reservation would simply not be deemed to be a party to the Convention: after all, such State had given only conditional consent to the treaty and the condition had been nullified; (*ii*) the State that entered the invalid reservation would continue to be bound by the treaty, even though its reservation had no effect: the Swiss representative insisted pointing out how this approach would completely undermine the principle of consent, concluding that Switzerland could not be deemed bound by the terms of the European Convention to which it had never consented; (*iii*) the State which had in good faith based its consent to the Convention on an invalid reservation, could, after the fact, re-formulate the reservation: the State that entered the invalid reservation would continue to be a party to the Convention, but the provision of the Convention, to which it had given conditional assent, would be deemed to be suspended, with regard to the State in question, apparently until an amended and acceptable version of the reservation was entered.

Sir Hersch Lauterpacht's dissenting opinion in the Interhandel Case has provided a good possible solution to this issue (34). He identifies two different scenarios. A State may con-

---

(33) See: HENRY J. BOURGUIGNON, *supra* note 28, p. 380, footnote 209. See also: Council of Europe, Belilos Case: Notes of the Public Hearing (Morning) 45-48 (Oct. 26, 1987).

(34) Interhandel Case (Switzerland V. U.S.), 1959 I.C.J. 6, 95. In this case

sent to a multilateral treaty solely on the basis of a condition expressed in a reservation, which is a *condicio sine qua non*. If such a reservation should be found invalid, the State's intention to ratify the treaty would likewise be invalid. Differently, a State may have a predominant intention to be a party to the treaty, notwithstanding the possible subsequent invalidation of a reservation: this is exemplified in the Belilos Case where the European Court of Human Rights found that the Swiss general reservation was severable from Swiss acceptance of the Convention, since Switzerland's overriding intention was to accept its obligations under the Convention.

A recent Italian study on reservation on the other hand, while acknowledging the distinction between essential and non essential reservations, explains that such distinction would be quite useless since, apart from the great doubt shrouding the criteria to be applied to distinguish between essential and non-essential reservations, there is no body empowered to make such determinations (35).

In my view, general reservations should not be considered reservations at all, in light of Article 2(1)(*d*) of the Vienna Convention, if they are not addressed to any particular treaty article and be deemed null and void, for the reasons explained above, if their effect is too vague or gives rise to ill-defined obligations (36).

International practice, however, abounds with instances of the use of general reservations, especially with regard to human

---

the United States had submitted as a preliminary objection the lack of jurisdiction of the International Court of Justice to hear the case, on the ground of its declaration of acceptance of the jurisdiction of the Court — the so called Connally reservation — which specified that there would be no compulsory jurisdiction for "disputes with regard to matters which are essentially within the domestic jurisdiction of the United States of America as determined by the United States of America".

(35) ROBERTO BARATTA, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 134 et seq.

(36) In the *Temeltasch* case the European Commission for Human Rights held that a reservation may be defined as general when it does not refer to a specific provision of a treaty or when it is impossible to determine its application and extent. On the Temeltasch Case see: PIERRE-HERNY IMBERT, *Reservation to the European Convention on Human Rights before the Strasbourg Commission: the Temeltasch Case*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 33, 1984, pp. 558-595.

rights treaties, even though, as pointed out above, such reservations ought to be deemed invalid. It is equally clear that despite objections to general reservations by certain State Parties, the objections in themselves do not necessarily compel reserving States to withdraw their reservations. Moreover, the Special Rapporteur of the International Law Commission, Prof. Alain Pellet, has deemed it contrary to international law to automatically treat an invalid reservation to a human right treaty as never having been made (37). In fact, as Prof. Roberto Baratta has also pointed out, there is no customary law that considers general or inadmissible reservation as inherently null and void. The International Law Commission has recently stated on this issue that "in the event of inadmissibility of a reservation, it is the reserving State that has the responsibility for taking action. This action may consist, for example, in the State either modifying its reservation so as to eliminate the inadmissibility, or withdrawing its reservation, or forgoing becoming a party to the treaty" specifying, with clear reference to the European Court of Human Rights, that "the above conclusions are without prejudice to the practices and rules developed by monitoring bodies within regional contexts".

It therefore follows, in my view, that a reserving State may only be compelled to withdraw its reservation, if deemed non essential in nature by such State, or to withdraw from a treaty, if the invalid reservation is essential to that State's consensus, by legal action based on a specific provision of the treaty (such as article 57 of the European Convention on Human Rights). The precedent established by the European Court of Human Rights in the Belilos case is most certainly of fundamental importance in this respect.

---

(37) See: ALAIN PELLET, *Second Report on Reservations to Treaties*, A/CN.4/477/Add. 1, June 13, 1996, p. 71 et seq.

THE DECLARATIONS OF STATES PARTIES TO THE BASEL CONVENTION

BY

ALESSANDRO FODELLA

Dottore di ricerca in Diritto internazionale dell'economia
nell'Università Luigi Bocconi

CONTENTS: 1. Introduction. — 2. The distinction between reservations and declarations of a different nature. — 3. The distinction within the Basel Convention. — 4. The nature of the declarations to the Basel Convention: simple declarations and reservations in disguise. — 5. (*Sequitur*): Interpretative declarations on the relationship between the Basel Convention requirements and the international law of the sea. — 6. The consequences of inadmissible reservations. — 7. (*Sequitur*): The practice of States parties to the Basel Convention. — 8. Conclusions.

1. The analysis of declarations and reservations to the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal (Basel Convention) (1) gives us an interesting point of view on the more general issue of reservations to treaties.

The Convention itself prohibits *tout court* the making of reservations or exceptions (art. 26 para. 1), but does not preclude a State from making declarations that do not purport to modify or exclude the legal effects of the provisions of the Convention. It is, therefore, necessary to examine the declarations made by States in order to establish whether they are true reservations (which are prohibited) or otherwise simple declarations of a different nature (which are, on the contrary, permitted), focusing in particular on those commonly referred to by the doctrine as ''interpretative declarations'' (2). It is then necessary to establish the consequences and effects of reservations that have been made notwithstanding their prohibition, of permitted interpretative declarations, and of objections made to either of them.

---

(1) Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal, Basel, 22 March 1989, entered into force on 5 May 1992, in 28 *International Legal Materials* (ILM) (1989), p. 649.

(2) All the declarations are published in: Basel Convention Secretariat, Treaty Information of the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal, Status as of 31 October 1997, Basel Convention Series/SBC No: 97/015, Geneva, November 1997.

With the analysis of the specific case of the Basel Convention, it is hoped that it will be possible to shed light on some of the most controversial issues relating to reservations to multilateral treaties.

2. Article 26 of the Basel Convention states:

"1. No reservation or exception may be made to this Convention.

2. Paragraph 1 of this Article does not preclude a State or political and/or economic integration organizations, when signing, ratifying, accepting, approving, formally confirming or acceding to this Convention, from making declarations or statements, however phrased or named, with a view, *inter alia*, to the harmonization of its laws and regulations with the provisions of this Convention, provided that such declarations or statements do not purport to exclude or to modify the legal effects of the provisions of the Convention in their application to that State".

The provision is similar to that resulting from articles 309-310 of the United Nations Convention on the Law of the Sea (Montego Bay Convention), and is clearly inspired by them (3). Paragraph 1 prohibits the making of a reservation while not providing a definition of it. Paragraph 2, on the other hand, describes the characteristics of the declarations that are permitted: these are declarations (however phrased or named) that do not exclude or modify the legal effects of the provisions of the treaty. The result is that, although not explicitly, the Convention provides for an *a contrario* definition of a reservation: when a State makes a declaration at the time of signature, ratification, or whenever it becomes a party to the treaty, with the intention to exclude or modify the legal effects of the provisions of the Con-

(3) "No reservations or exceptions may be made to this Convention unless expressly permitted by other articles of this Convention" (art. 309); "Article 309 does not preclude a State, when signing, ratifying or acceding to this Convention, from making declarations or statements, however phrased or named, with a view, *inter alia*, to the harmonization of its laws and regulations with the provisions of this Convention, provided that such declarations or statements do not purport to exclude or to modify the legal effect of the provisions of this Convention in their application to that State" (art. 310). United Nations Convention on the Law of the Sea, Montego Bay, 10 December 1982, entered into force on 16 November 1994, in 21 ILM (1982), p. 1261. See NELSON, *Declarations, Statements and 'Disguised Reservations" with respect to the Convention on the Law of the Sea*, in *International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ), 50 (2001), p. 767 ff.

vention, such a declaration must be considered as a reservation. This is also in accordance with the definition of reservation given by article 2 paragraph 1 (*d*) of the Vienna Convention on the Law of Treaties (Vienna Convention) (4), which has also been followed within the recent work on reservations of the United Nations International Law Commission (ILC) (5).

The Basel Convention seems to have endorsed a distinction between reservations and declarations of a different nature based on the effects of the declaration on treaty provisions, in accordance with the conclusions reached by the vast majority of scholars who have dealt with the matter. McRae, for example, writes: ''To the extent that 'these statements purport to exclude or to modify the legal effect of the treaty' for the State making them, they are 'true' reservations [...]'', while States can make other declarations on the recognition of another State party, on political issues (6), or otherwise aiming at the interpretation of the treaty, that will not be considered as reservations (7).

Declarations, other than those of an interpretative nature,

---

(4) ''[...] 'reservation' means a unilateral statement, however phrased or named, made by a State, when signing, ratifying, accepting, approving or acceding to a treaty, whereby it purports to exclude or to modify the legal effect of certain provisions of the treaty in their application to that State''. Convention on the Law of Treaties, Vienna, 23 May 1969, entered into force on 27 January 1980, in 8 ILM (1969) p. 679.

(5) The ILC has provisionally adopted, on its 51st session, a set of ''draft guidelines on reservations to treaties''. Paragraph 1.1 of the *draft guidelines* (''Definition of reservations'') states: '' 'Reservation' means a unilateral statement, however phrased or named, made by a State or an international organization when signing, ratifying, formally confirming, accepting, approving or acceding to a treaty or by a State when making a notification of succession to a treaty, whereby the State or organization purports to exclude or to modify the legal effect of certain provisions of the treaty in their application to that State or to that international organization''. For the *draft guidelines* see chapter VI (''Reservations to Treaties'') of the Report of the 51st session of the ILC (1999), available on the Internet at http://www.un.org/law/ilc/.

(6) The ILC lists, in paragraph 1.4 of the *draft guidelines*, those unilateral declarations that are not reservations and neither interpretative declarations.

(7) McRae, *The Legal Effect of Interpretative Declarations*, in *British Yearbook of International Law* (BYIL) 49 (1978), p. 155. See also Giuliano, Scovazzi, Treves, *Diritto Internazionale (parte generale)*, Milano, 1991, p. 308: ''Diverse dalle riserve sono [...] le dichiarazioni e le dichiarazioni interpretative che, pur esprimendo il punto di vista di uno Stato circa determinate disposizioni di un trattato, non intendono escludere o modificare il loro effetto giuridico rispetto allo Stato in

are more or less easily distinguishable from reservations if we follow the above-mentioned criterion of the effects on treaty provisions. If one looks at the Basel Convention, there have been declarations that could be defined as ''technical'' or ''operative'', being made with a view to implementing a specific treaty provision. This is the case of the declarations made by Cuba (8), Norway (9), Poland (10) and Saint Kitts and Nevis (11) in order to declare their choice of the dispute settlement mechanism, as specified in article 20 of the Basel Convention. Other declarations, such as those made by Colombia upon ratification (12) (for the one made upon signature see *infra*), Lebanon (13), Ro-

---

questione''; BARATTA, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, Milano, 1999, footnote 25, p. 53.

(8) ''The Government of the Republic of Cuba declares, with regard to article 20 of the Basel Convention on the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and Their Disposal, that any disputes between Parties as to the interpretation or application of, or compliance with, this Convention or any protocol thereto, shall be settled through negotiation through the diplomatic channel or submitted to arbitration under the conditions set out in Annex VI on arbitration''.

(9) ''Norway accepts the binding means of settling disputes set out in Article 20, paragraphs 3 (*a*) and (*b*), of the Convention, by (*a*) submission of the dispute to the International Court of Justice and/or (*b*) arbitration in accordance with the procedures set out in Annex VI''.

(10) ''Declaration: With respect to article 20, paragraph 2, of the Convention, the Polish Republic declares that it recognizes submission to arbitration in accordance with the procedures and under the conditions set out in Annex VI to the Convention, as compulsory *ipso facto*''.

(11) ''Declaration: With respect to article 20, paragraph 2 of the Convention, the Government of Saint Kitts and Nevis declares that it recognizes submission to arbitration in accordance with the procedures and the conditions set out in Annex VI to the Convention, as compulsory *ipso facto*''.

(12) ''Upon ratification: The Government of Colombia, pursuant to article 26, paragraph 2, of the [said Convention], declares, for the purposes of implementing this international instrument, that article 81 of the Political Constitution of Colombia prohibits the bringing of nuclear residues and toxic wastes into the national territory''.

(13) ''Upon signature: [Lebanon] declares that [it] can under no circumstances permit burial of toxic and other wastes in any of the areas subject to its legal authority which they have entered illegally. In 1988, Lebanon announced a total ban on the import of such wastes and adopted Act No. 64/88 of 12 August 1988 to that end. In all such situations, Lebanon will endeavour to co-operate with the States concerned, and with the other States parties, in accordance with the provisions of this treaty''.

mania (14), Spain (15) and Ghana (limited to the first part of the declaration made at the time of adoption of the Convention) (16) are used to indicate which measures have been taken to implement the Convention (17). Still, other declarations, like that of the Syrian Arab Republic (made on behalf of the Arab countries members of the Arab League) are used to reiterate the political stand against the recognition of another State (the State of Israel in the present case) (18).

However, a distinction cannot so clearly be drawn as regards the last case mentioned by McRae, that of ''interpretative declarations''. Interpretative declarations are generally regarded as statements suggesting a certain interpretation of a treaty provision, without aiming at modifying or excluding its legal effects. In fact, the majority of scholars (19) has identified a distinctive criterion based on the aim of the statement, and therefore distinguishes reservations and interpretative declarations on the basis of whether the statement purports to exclude or modify the legal effects of the treaty, while the particular label attached to the

---

(14) ''Declaration: In conformity with article 26, paragraph 2, of the Convention, Romania declares that the import and the disposal on its national territory of hazardous wastes and other wastes can take place only with the prior approval of the competent Romanian authorities''.

(15) ''The Spanish Government declares, in accordance with article 26.2 of the Convention, that the criminal characterization of illegal traffic in hazardous wastes or other wastes, established as an obligation of States Parties under article 4.3, will in future take place within the general framework of reform of the substantive criminal legal order''.

(16) ''Pursuant to Article IV para. 1 (*a*) of this Convention and in the exercise of its sovereign rights, the Republic of Ghana hereby declares that it has banned the import of hazardous wastes and other wastes in its territory''.

(17) The ILC defines them as ''Statements concerning modalities of implementation of a treaty at the internal level'' (*draft guidelines*, para. 1.4.5).

(18) Declaration made at the time of adoption of the Recommendations of the Credentials Committee: ''The Arab countries, members of the Arab League, do not agree to accept the credentials of the Delegate of Israel. In addition, their participation at the Conference and their signature of the Final Act or the Convention or of any amendment thereof now or in the future should not imply in any way any recognition of the State of Israel''. See the ILC *draft guidelines*, para. 1.4.3 (''Statements of non-recognition'').

(19) For a detailed analysis of the doctrine on the matter see HORN, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, Amsterdam, 1988, p. 230 ff.

statement by the declaring State cannot be considered a decisive factor. Bowett, for example, clearly explains that ''The core of the difficulty is to distinguish a true reservation from what may be termed an interpretative declaration. The particular label attached to the statement cannot be conclusive [...]. Thus, the test is not the nomenclature but the effects the statement purports to have. The test is whether the statement seeks to exclude or modify the legal effect of the provisions of the treaty'' (20). Many others, such as Ruda (21), Fitzmaurice (22) or Sucharipa-Behrmann (23) share the same view. Decisions of International Courts and Tribunals seem to follow the same path. One can read, for example, the decision of the Arbitral Tribunal on the dispute between United Kingdom and France concerning the delimitation of the Continental Shelf:

> ''The Court thinks [...] that, although the third reservation [...] has within it elements of interpretation, it also appears to constitute a specific condition imposed by the French Republic on its acceptance [...] This condition, according to its terms, appears to go beyond a mere interpretation; for it makes the application of that regime dependent on acceptance by the other State of the French [...] designation [...]. This is precisely what appears to the Court to be the purport of the French reservation and it, accordingly, concludes that this 'reservation' is to be considered a 'reservation' rather than an 'interpretative declaration' '' (24),

---

(20) BOWETT, *Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties*, in BYIL, 48 (1976-77), p. 68.

(21) ''[...] statements by a State the purpose of which is to put forward an interpretation or understanding of a clause of a treaty or to deal with some matter that is incidental to the operation of the treaty [...] general statement of policy, or indications as to internal procedure for carrying out the obligations [...]. If they are to be considered as reservations, such statements must be intended to exclude or modify some provisions of the treaty [...]. Everything depends on the intention of the declaring state [...]'' (RUDA, *Reservations to Treaties*, in *Recueil des Cours* (RdC), 146 (1975-III), p. 106).

(22) ''[...] reservation or not, will depend on whether, by way of special interpretation, the party concerned is really purporting... to alter the substantive content or application of the provision affected; or whether the statement is truly interpretational, and merely clarifies some obscurity... the use of the term 'reservation' is not conclusive in either sense'' (FITZMAURICE, *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, vol. 1, Cambridge, 1986, p. 407).

(23) SUCHARIPA-BEHRMANN, *The Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties*, in *Austrian Review of International and European Law*, 1 (1996), p. 72.

(24) *Case concerning the delimitation of the Continental Shelf between the*

or the European Court of Human Rights in the *Belilos* case:

"the Court recognises that it is necessary to ascertain the original intention of those who drafted the declaration [...]. In order to establish the legal character of such a declaration, one must look behind the title given to it and seek to determine the substantive content" (25).

Even the Human Rights Committee (a quasi-judicial organ which is not, strictly speaking, an international court or tribunal but plays nonetheless an important role in monitoring human rights) reaches the same conclusions:

"If the statement displays a clear intent on the part of the State party to exclude or modify the legal effect of a specific provision of a treaty, it must be regarded as a binding reservation, even if the statement is phrased as a declaration [...]" (26).

Also the ILC states that the classification of a unilateral statement as a reservation, or otherwise as an interpretative declaration "is determined by the legal effect it purports to produce" (*draft guidelines*, para. 1.3), and explains in details:

"While reservations ultimately modify, if not the text of the treaty, at least the legal effect of its provisions, interpretative declarations are in principle limited to clarifying the meaning and the scope that the author State or international organization attributes to the treaty or to certain of its provisions

---

United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the French Republic, Decision of Arbitral Tribunal, 30 June 1977, in *United Nations*, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XVIII, para. 55.

(25) European Court of Human Rights, Judgement of 29 April 1988, *Belilos case*, Publications of the European Court of Human Rights, Series A, vol. 132, para. 48-49. Switzerland had deposited several statements some of which were defined as interpretative declarations, while some others as reservations. The Court decided that those defined as interpretative declarations by Switzerland were, in fact, reservations. The definition given to the statement by the declaring state was not decisive; moreover, it was clear (*inter alia* from the analysis of the preparatory works) that Switzerland's intention was to modify the legal effects of article 6 para. 1 of the European Convention on Human Rights in respect to itself. See MARKS, *Reservations Unhinged: The Belilos Case Before the European Court of Human Rights*, in ICLQ, vol. 39 (1990), pp. 304-307.

(26) Human Rights Committee, Communication No. 220/1987, decision of 8 November 1989, T.K. v. France (in this regard see SAPIENZA, *Dichiarazioni interpretative unilaterali e trattati internazionali*, Milano, 1996, p. 201).

[...]'' (27) ''[...] interpretative declarations are distinguished from reservations principally by the objective pursued by the author State or international organization: in formulating a reservation, the State or organization purports to exclude or modify the legal effect upon itself of certain provisions of a treaty (or of the treaty as a whole with respect to certain aspects); in making an interpretative declaration, it intends to specify or clarify the meaning or scope attributed by it to a treaty or to certain of its provisions'' (28).

As far as interpretative declarations are concerned, however, this criterion is not enough to solve all problems. Assuming that the declaring State's definition of its statement is not a decisive factor, when a State gives a certain interpretation that is not shared by other Parties, this could still be considered as an attempt to modify or exclude the legal effects of the treaty provisions in respect to that State (29). Moreover, even following this general criterion based on the nature of the declaration, in some cases it will be difficult to identify such nature *in practice*. In borderline cases it will not be so obvious to tell whether a declaration purports to modify or exclude the legal effects of the treaty rules, or it is simply offering a certain treaty interpretation.

The ILC has proposed appropriate means to distinguish in practice the two different kinds of statements. Paragraph 1.3.1 of the *draft guidelines* indicates a method for the application of the distinction between reservations and interpretative declarations:

> ''To determine whether a unilateral statement formulated by a State or an international organization in respect of a treaty is a reservation or an interpretative declaration, it is appropriate to interpret the statement in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to its terms, in light of the treaty to which it refers. Due regard shall be given to the intention of the State or the international organization concerned at the time the statement was formulated''.

The original intention of the declaring State has to be reconstructed through a textual analysis of the declaration, and the impact that this would have had on the legal effects of treaty provisions in respect to the declaring State needs to be determined. The ILC explains that it is a combination of a ''subjec-

---

(27) Para. 18 of the commentary to para. 1.2 of the *draft guidelines*.
(28) Para. 1 of the commentary to para. 1.3 of the *draft guidelines*.
(29) HORN, *op. cit.*, p. 237 ff.

tive'' test on the intention of the party and an ''objective'' one on the potential effects of the declaration according to its phrasing (30). Some authors have followed a similar path (31), while others have emphasised the subjective element, refusing content-based criteria (32). The International Court of Justice (ICJ), on the other hand, when faced with the interpretation of declarations made under art. 36 para. 2 of the Statute and reservations thereof, seems to give due weight to the subjective element of interpretation (33). In fact, according to the rules for the interpretation of declarations and reservations elaborated by the ICJ, every declaration ''must be interpreted as it stands, having regard to the words actually used'' (34) and seeking the ''interpretation which is in harmony with a natural and reasonable way of

---

(30) ''[...] there can be doubt that the declarant's intention when formulating it should be established [...] this does not in any way mean that the subjective test alone is applicable: only an analysis of the potential — and objective — effects of the statement can determine the purpose sought. In determining the legal nature of a statement formulated in connection with a treaty, the decisive criterion lies in the effective result that implementing the statement has (or would have). If it modifies or excludes the legal effect of the treaty or certain of its provisions, it is a reservation ''however phrased or named''; if the statement simply clarifies the meaning or scope that its author attributes to the treaty or certain of its provisions, it is an interpretative declaration'' (para. 2-3 of the commentary to para. 1.3 of the *draft guidelines*).

(31) According to BARATTA, for example, the actual text of the declaration must be the primary element to be taken into consideration; furthermore, the principle of good faith must be taken into account as a general principle and the terms of the text must be reconstructed with an objective method (*op. cit.*, p. 60 ff.); but elsewhere he underlines also the relevance of the intention of the author of the declaration, together with the actual content of it (*op. cit.*, p. 52).

(32) According to SAPIENZA (*op. cit.*, p. 206), for example, the distinction between reservations and interpretative declarations must be based on the ''true intention'' of the declaring State: when textual examination and the inquiry into the true intention of the declaring State lead to different conclusions, the second must prevail.

(33) According to the Court, a declaration of acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court is a unilateral act of State sovereignty and, therefore, the provisions of the Vienna Convention on the Law of Treaties may apply analogously only to the extent compatible with the *sui generis* character of such acceptance (*Fisheries Jurisdiction Case, Jurisdiction of the Court, Judgement of 4 December 1998*, I.C.J. Reports 1998, p. 453).

(34) *Fisheries Jurisdiction Case*, cit., p. 454. See also *Anglo-Iranian Oil Co., Preliminary Objection, Judgment*, I.C.J. Reports 1952, p. 105.

reading the text'' (35), but at the same time having ''due regard to the intention of the State concerned'', which may be deduced not only from the text of the relevant clause, but also from the context in which the clause is to be read (36). The relevance given to the intention of the declaring State is, thus, very evident (37).

New elements can be found in the two following paragraphs of the ILC *draft guidelines*. Firstly, the ILC gives a certain relevance to the name or title given by the author to its own statement (the nomenclature) (38):

> ''The phrasing or name given to a unilateral statement provides an indication of the purported legal effect'' (para. 1.3.2).

Secondly, in paragraph 1.3.3 the ILC establishes an interesting presumption in favour of the interpretative nature of a declaration made to a treaty which prohibits reservations:

> ''When a treaty prohibits reservations to all or certain of its provisions, a unilateral statement formulated in respect thereof by a State or an international organization shall be presumed not to constitute a reservation except when it purports to exclude or modify the legal effect of certain provisions of the treaty or of the treaty as a whole with respect to certain specific aspects in their application to its author''.

The aim of these last paragraphs is to establish certain presumptions that can help the interpreter. Thus, in para. 1.3.2, the ILC specifies that ''[...] the name a declaring State gives to its declaration is nevertheless an indication of what it is, although it does not constitute an irrebuttable presumption'' (39), while in paragraph 1.3.3 the objective is clear: to presume that the State's intention is to achieve a result that is permitted, rather than prohibited, by international law.

---

(35) *Fisheries Jurisdiction Case*, cit., *ibidem*; *Anglo-Iranian Oil Co.*, cit., p. 104.

(36) *Fisheries Jurisdiction Case*, cit., *ibidem*.

(37) ''[...] what is required in the first place for a reservation to a declaration made under Article 36, paragraph 2, of the Statute, is that it should be interpreted in a manner compatible with the effect sought by the reserving State'' (*Fisheries Jurisdiction Case*, cit., p. 455).

(38) The same relevance is not to be found in writings of scholars, nor in international judicial decisions.

(39) Para 10 of the commentary to para. 1.3.2 of the *draft guidelines*.

The analysis of article 26 of the Basel Convention cannot leave out of consideration theories developed by the doctrine, neither the work undertaken within the ILC or international judicial decisions, but at the same time cannot be limited to them. As it will be seen in the following part of this research, the declarations of States Parties to the Basel Convention are evident examples of the uncertainty that permeates this issue.

3. As mentioned above, the Basel Convention seems to indicate clearly the criteria to be followed in distinguishing between reservations and interpretative declarations. Its analysis can therefore contribute, from many different points of view, to the more general current ongoing debate among scholars on the distinction between the two different categories of declarations. Firstly, it can be shortly said that the Convention clearly distinguishes reservations and other declarations, thus rejecting the argument put forward by a minority of writers that there is no difference between them (40). Secondly, para. 2 of article 26 explicitly denies any value whatsoever to the categorisation of its own declaration made by the declaring State: the statement is permitted only if it does not have certain effects, *however it may be phrased or named*. Thirdly, the definition factor being irrelevant, the distinction must be drawn on the basis of the aim of the declaration, whether *it purports to modify or exclude the legal effects of a treaty provision*. In summary, the *a contrario* definition embodied in article 26, while prohibiting reservations as declarations which purport to modify or exclude the legal effects of a treaty provision, at the same time permits other declarations or statements which do not aim at that objective, regardless of their definition by the declaring State.

However, the Convention does not give clear indications as to which elements must be emphasised in interpreting the aim of the declaration, whether to privilege the original intention of the State, or the potential effects of the declaration due to its literal wording. One solution could be to follow the ILC approach: the interpretative exercise should thus focus primarily on the text of the declaration and on its potential effects, while

(40) For an overview of these arguments see McRae, *op. cit.*, p. 156.

the intention of the declaring State may be one of the elements to be taken further into account (41). In light of article 26, we must turn to the declarations made to the Basel Convention.

4. Some of the declarations already mentioned as examples in the previous paragraph (those of Cuba, Norway, Poland, Saint Kitts and Nevis, Lebanon, Romania, Spain, that of Colombia at the time of ratification and a part of that of Ghana) are not reservations and are therefore compatible with article 26. The same can be said for the declarations (42) of Algeria (43), Chile (44), Indonesia (45), Italy (46), and the Russian Federation (47).

Some declarations were made at the time of adoption of the Convention. They are declaration of principles, or aim at in-

---

(41) See *supra*, *draft guidelines*, para. 1.3.1, and footnote n. 30.

(42) ''Unless otherwise indicated, the declarations were made upon formal confirmation, ratification, acceptance, approval, accession or succession''.

(43) ''The Government of the People's Democratic Republic of Algeria declares, with regard to article 20, paragraph 2 of the [Convention], that in every case, the agreement of all the parties concerned is necessary to submit a dispute to the International Court of Justice or to arbitration''.

(44) ''The Government of Chile considers that the provisions of this Convention [...] help to consolidate and expand the legal regime that Chile has established through various international instruments on the control of transboundary movements of hazardous wastes and their disposal, whose scope of application covers both the continental territory of the Republic and its area of jurisdiction situated south of latitude 60°S, in accordance with the provisions of article 4, paragraph 6, of the present Convention''.

(45) ''Mindful of the need to adjust the existing national laws and regulations, the provisions of article 3 (1) of this Convention shall only be implemented by Indonesia after the new revised laws and regulations have been enacted and entered into force''.

(46) ''Declaration made on 30 March 1990 and confirmed upon ratification: The Government of Italy declares... that it is in favour of the establishment of a global control system for the environmentally sound management of transboundary movements of hazardous wastes''.

(47) ''The definition of 'Territory' in the Cairo Guidelines and Principles for the Environmentally Sound Management of Hazardous Wastes (UNEP Governing Council decision 14/30 of 17 June 1987) to which reference is made in the preamble to the Convention is a special formulation and cannot be used for purposes of interpreting the present Convention or any of its provisions in the light of article 31, paragraph 2, or article 32 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties or on any other basis''.

forming how the Convention will be implemented or applied at the national level, or are simple statements of a general nature. Apart from those of Ghana and Portugal (which will be discussed elsewhere), those made by Japan (48), Republic of Korea, Turkey, USSR, United States, Colombia (49), Ecuador (50), Guatemala, Mexico (51), Uruguay (52), Vietnam, Venezuela (53), German Democratic Republic and a collective declaration by 35 States together with the European Commission (54) are simple declarations.

Some other declarations made by States parties to the Basel Convention are, in fact, reservations in disguise. This is the case of the second part of the declaration made by Ghana at the moment of adoption of the Convention:

> "2. The Republic of Ghana further declares its reservation on Article 9 paras 3 & 4, since it believes that the state of export or the exporter or the generator should be responsible for the disposal of any hazardous wastes which are deemed to be illegal traffic within the meaning of this Convention".

Paragraph 3 of article 9 of the Basel Convention states that in cases of illegal traffic, due to the conduct of the importer or the disposer of the hazardous wastes, they must guarantee the environmentally sound management of the wastes, and in the event that this is not possible, the correspondent duty shall be carried out by the importing State. In cases in which responsibility for illegal traffic cannot be attributed to any of the actors involved in the movement, paragraph 4 of article 9 requires all parties to co-operate in order to ensure the environmentally sound management of the wastes. With its declaration, Ghana clearly aims at excluding or modifying the effects of these provi-

---

(48) Except for the first part which deals with the relationship between Basel Convention requirements and international law of the sea (see *infra*).

(49) Except for the second part (see *infra*).

(50) Except for the third paragraph which can be considered a reservation (see *infra*).

(51) Except for the first paragraph which deals with the relationship between Basel Convention requirements and international law of the sea (see *infra*).

(52) Except for the first paragraph which deals with the relationship between Basel Convention requirements and international law of the sea (see *infra*).

(53) Except for the second paragraph which deals with the relationship between Basel Convention requirements and international law of the sea (see *infra*).

(54) *Infra*, footnote n. 83.

sions, since it considers as responsible the State of export, the exporter or the generator of the wastes even though responsibilities are otherwise attributed by the Convention. In our opinion it is a clear case of reservation in disguise. In the present instance, the decisive factor is not that Ghana defines its declaration as a reservation (even though this element could be taken into account to strengthen this conclusion as suggested in para. 1.3.2 of the ILC *draft guidelines*), but rather the textual analysis of the declaration itself.

The declaration made by Denmark is peculiar:

''Upon signature: 'Denmark's signature of the Global Convention of the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal does not apply to Greenland and the Faroe Islands' ''.

Since in the Basel Convention there are no provisions permitting, either explicitly or implicitly, any territorial limitation, the treaty should be applicable to the entire territory of the State (55). Therefore, a declaration made with the intention to exclude the application of the Convention for a portion of a State's territory should fall into the category of reservations (56). The fact that Denmark has withdrawn the declaration, after having defined it explicitly as a ''reservation'' could be taken into account as a confirmation of such conclusion (57).

---

(55) ''Unless a different intention appears from the treaty or is otherwise established, a treaty is binding upon each party in respect of its entire territory'' (art. 29 of the Vienna Convention).

(56) With a reservation, a State can exclude the application of a treaty to a portion of its own territory (GIULIANO, SCOVAZZI, TREVES, *op. cit.*, p. 308). The ILC, in its *draft guidelines*, seems to be supportive of this approach: ''Reservations having territorial scope: A unilateral statement by which a State purports to exclude the application of a treaty or some of its provisions to a territory to which that treaty would be applicable in the absence of such a statement, constitutes a reservation'' (1.1.3); ''Reservations formulated when notifying territorial application: A unilateral statement by which a State purports to exclude or to modify the legal effect of certain provisions of a treaty in relation to a territory in respect of which it makes a notification of the territorial application of the treaty constitutes a reservation'' (1.1.4).

(57) Denmark has sent a letter to the Secretary of the Basel Convention informing that ''the reservation which the Danish delegation took on the inclusion of Greenland and the Faroe Islands has been lifted as far as Greenland is concerned'' (31/3/1993), and a similar withdrawal has been expressed as far as the Faroe

From the point of view of the complexity of the issue herein dealt with, the declaration made by Ecuador is emblematic:

''The elements contained in the Convention which has been signed may in no way be interpreted in a manner inconsistent with the domestic legal norms of the Ecuadorian State, or with the exercise of its national sovereignty''.

Taking a merely superficial textual approach, the wording of the declaration could be understood as the proposal of a certain interpretation of the Convention; in particular, it could be mistaken for one of the declarations permitted by article 26 ''with a view, inter alia, to the harmonization of [...] laws and regulations with the provisions of this Convention''. On the contrary, it seems to aim, in substance, at the opposite objective: by declaring that the Convention cannot be interpreted in contrast with its domestic law, Ecuador aims at rendering each treaty disposition which is incompatible with its national laws inapplicable, instead of harmonising domestic law with the provisions of the Convention. Apart from the legal paradox embodied in this declaration (and whether it can have any effects at all) (58), it must be noted that Ecuador brings in an interpretation *having the intent of modifying or excluding the legal effects* of the Convention (whether it is able to do so is another question; what is relevant in our case is the objective of the declaration and not its final effect). The ILC would probably consider it a reservation:

''Statements purporting to limit the obligations of their author:

A unilateral statement formulated by a State or an international organization at the time when that State or that organization expresses its consent to be bound by a treaty by which its author purports to limit the obligations imposed on it by the treaty constitutes a reservation'' (59).

Two declarations made by the Philippines to the Montego

---

islands are concerned (1/2/1994). See p. 20 footnote 5 of Document SBC No 97/015 cit..

(58) Certainly the domestic law of Ecuador must be adapted according to the Basel Convention, and not *vice versa*. It would be a duty of the Ecuadorian State to apply the treaty which is bound to notwithstanding any incompatibility with domestic law (art. 27 of the Vienna Convention): the subordination of international law to domestic law is a clear legal misconception.

(59) *Draft guidelines*, para. 1.1.5.

Bay Convention, which (as it has been already illustrated) embodies the same regulation as that of the Basel Convention as far as reservations and other declarations are concerned, may be mentioned to draw a parallel with the above mentioned Ecuador's declaration:

> "The signing of the Convention by the Government of the Republic of the Philippines shall not in any manner impair or prejudice the sovereign rights of the Republic of the Philippines under and arising from the Constitution of the Philippines" (first).
>
> "The Convention shall not be construed as amending in any manner any pertinent laws and Presidential Decrees or Proclamation of the Republic of the Philippine [...]" (fifth).

Scholars have underlined how the result of this interpretative declaration was, in fact, the re-designing of the Convention to the Philippines' liking. Not surprisingly, the declarations raised much concern among other Parties: doubts were raised as to their compatibility with articles 309 and 310 of the Montego Bay Convention and, as a consequence, some States considered them null and void (60). The same reasoning could be applied also to the declaration made by Ecuador which seems to be, in all respects, a reservation in disguise and, moreover, one of a too generic kind (61).

5. The most important group of the so-called unilateral interpretative declarations focuses on the unresolved issue of the relationship between the provisions of the Basel Convention and the law of the sea as far as freedom of navigation and rights of coastal States are concerned.

The Basel Convention aims at regulating the transboundary movements of hazardous wastes through procedural obligations, of which the most important are the duty of the export State to inform transit States and the State of final destination (art. 6 para. 1), and to obtain the prior consent of those States before authorising the export of the wastes (art. 6 para. 2-4). Since the

---

(60) SAPIENZA, *op. cit.*, p. 229; BARATTA, *op. cit.*, pp. 87-88, in particular footnote 105; NELSON, *op. cit.*, p. 780.

(61) See SASSI, *General Reservations to Multilateral Treaties, supra*, in this volume.

Convention does not provide for an *ad-hoc* different discipline for sea shipments, the same procedural duties should be required in cases of transit of ships through marine areas under the jurisdiction of a foreign coastal State. However, the issue appears to be more complex: the interests of coastal States to control traffic of harmful substances in marine areas under their jurisdiction runs against the freedom of navigation of other States. During the negotiations of the Basel Convention these problems were at the core of a heated debate between coastal States and States with a more maritime tradition. The outcome is a compromise that is satisfying for all but does not solve anything (62). Article 4 para. 12 of the Basel Convention states:

> ''Nothing in this Convention shall affect in any way the sovereignty of States over their territorial sea established in accordance with international law, and the sovereign rights and the jurisdiction which States have in their exclusive economic zones and their continental shelves in accordance with international law, and the exercise by ships and aircraft of all States of navigational rights and freedoms as provided for in international law and as reflected in relevant international instruments''.

This provision, a real ''puzzle'' within the Convention itself, seems simply to ''delegate'' to international law (and more specifically the law of the sea) the solving of the problem. Its ambiguous wording was deliberately adopted during the negotiations in order to leave open a question on which it was impossible to reach an agreement; this enables States to adopt the most suitable solution for their own needs, and it has been consequently interpreted very differently by States parties (63).

Thus, two opposite positions slowly loomed among States

---

(62) ''... satisfait tout le monde sans rien résoudre'' (VAN DER MENSBRUGGHE, *La convention de Bâle du 22 Mars 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontieres des dechêts dangereux et de leur elimination*, in *European Transport Law*, 25/3, 1990, p. 275).

(63) The key *dilemma* of what is, in the end, the regime applicable to the transboundary movements of hazardous wastes via sea in the light of the combined effects of articles 6 and 4 para. 12 of the Basel Convention will not be dealt with here. On the issue see TREVES, *Codification et pratique dans le droit de la mer*, in *RdC*, 223 (1990-IV), pp. 120-125; RUMMEL-BULSKA, *The Basel Convention and the UN Convention on the Law of the Sea*, in RINGBOM (ed.), *Competing Norms in the Law of Marine Environment Protection*, London, 1997; PINESCHI, *The Transit of Ships Carrying Hazardous Wastes through Foreign Coastal Zones*, in FRANCIONI

parties, divided on the issue of the relationship between the Basel Convention requirements and freedom of navigation as disciplined in the law of the sea, between those in favour of and those against the application of prior notification and prior informed consent requirements for transit States also in case of sea shipments.

In favour of the application of prior notification stand the declaration made by Portugal (64) and, although less explicitly, those made by Mexico (65), Uruguay (66) and Venezuela (67), aiming at the safeguarding of the rights of coastal States according to international law, together with the more twisted one made by Colombia (when signing the Convention) (68). Portugal, in its declaration, simply requires prior notification in cases

---

& SCOVAZZI (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, London, 1991.

(64) "The Portuguese Republic declares that it requires notification of any transboundary movement of hazardous wastes effected across the area under its national jurisdiction [...]" (made at the time of adoption of the Convention).

(65) "Mexico is signing ad referendum the Basel Convention on the Control of the Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their disposal because it duly protects its rights as a coastal State in the areas subject to its national jurisdiction, including the territorial sea, the exclusive economic zone and the continental shelf and, in so far as it is relevant, its airspace, and the exercise in those areas of its legislative and administrative competence in relation to the protection and preservation of the environment, as recognized by international law and, in particular, the law of the sea [...]".

(66) "Uruguay is signing ad *referendum* the Convention on the Control of the Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal because it is duly protecting its rights as a riparian State in the areas subject to its national jurisdiction, including the territorial sea, the exclusive economic zone and the continental shelf and, as appropriate, the superjacent air space as well as the exercise in such areas of its standard-setting and administrative competence in connection with the protection and preservation of the environment as recognized by international law and, in particular by the law of the sea".

(67) "Venezuela considers that the Convention [as] adopted properly protects its sovereign rights as a riparian State over the areas under its national jurisdiction, including its territorial sea, exclusive economic zone and continental shelf, and, as appropriate, its air space. The Convention also safeguards the exercise in such areas of its standard-setting and administrative jurisdiction for the purpose of protecting and preserving the environment and its natural resources in accordance with international law, and in particular the law of the sea".

(68) "It is the understanding of Colombia that the implementation of the present Convention shall in no case restrict, but rather shall strengthen, the application of the juridical and political principles which, as [was] made clear in the

of transit through areas under its jurisdiction, something that is explicitly allowed in the very same terms by the Convention (article 6 para. 1). Therefore, it is definitely not a reservation. The other four States declare to interpret the Convention as protecting their rights as coastal States, according to international law. They neither seem to have the intent to modify nor to exclude the effects of treaty norms: it is possible to conclude, with reasonable certainty, that they are not reservations as far as article 26 of the Basel Convention is concerned.

It is the relationship between article 6 (which regulates prior notification and consent) and article 4 para. 12 (which embodies the safeguard for international law, hence the law of the sea) itself that is ambiguous, and it is the law of the sea itself, implicitly recalled by article 4 para. 12, that is not univocally interpreted when dealing with hazardous wastes transports; thus, these declarations do not modify neither exclude the legal effects of the treaty, since the content of the treaty itself is uncertain on the matter. From this point of view, those States declaring their position on prior notification and prior consent requirements are not, in fact, depositing reservations; they simply seem to offer a certain treaty interpretation or to explain how the provision is interpreted by the declaring State: these are unilateral interpretative declarations (what some scholars have defined as ''mere interpretative declaration'') (69).

---

statement [made on 21 March to the Basel Conference], govern the actions taken by the Colombian State in matters covered by the Convention — in other words, *inter alia*, the latter may in no case be interpreted or applied in a manner inconsistent with the competence of the Colombian State to apply those principles and other norms of its internal rule to its land area (including the subsoil), air space, territorial sea, submarine continental shelf and exclusive economic maritime zone, in accordance with international law''.

(69) E.g. McRae, *op. cit.*, p. 160. Scholars use this expression to distinguish this kind of declarations from those through which States subordinate their adherence to the treaty to the acceptance by other parties of their particular interpretation of a treaty provision. This last kind of interpretative declarations are generally referred to as ''qualified interpretative declaration'' by the majority of the doctrine, and they are associated by some scholars to true reservations (see e.g. Bowett, *op. cit.*, p. 68). The ILC defines them as ''Conditional interpretative declarations'' (*draft guidelines*, para. 1.2.1) but it does not specify whether they may be considered as simple declarations or otherwise reservations. On this issue see also Horn, *op. cit.*, p. 238.

The ILC, in its recent *draft guidelines*, appears to have given a clear definition of them:

" 'Interpretative declaration' means a unilateral statement, however phrased or named, made by a State or by an international organization whereby that State or that organization purports to specify or clarify the meaning or scope attributed by the declarant to a treaty or to certain of its provisions" (para. 1.2).

The same can be said for declarations aiming at the *opposite objective* but having the *same nature* as those already analysed. This is the case of the declarations made by Germany (70), Japan (71), Singapore (72) and the United Kingdom (73).

---

(70) "It is the understanding of the Government of the Federal Republic of Germany that the provisions in article 4, paragraph 12 of this Convention shall in no way affect the exercise of navigation rights and freedoms as provided for in international law. Accordingly, it is the view of the Government of the Federal Republic of Germany that nothing in this Convention shall be deemed to require the giving of notice to or the consent of any State for the passage of hazardous wastes on a vessel under the flag of a party exercising its right of innocent passage through the territorial sea or the freedom of navigation in an exclusive economic zone under international law" (made when signing and confirmed at the time of ratification).

(71) "The Government of Japan declares that nothing in the Basel Convention on the Control of Transboundary Movement of Hazardous Wastes and Their Disposal be interpreted as requiring notice to or consent of any State for the mere passage of hazardous wastes or other wastes on a vessel exercising navigational rights and freedoms, as paragraph 12 of article 4 of the said Convention stipulates that nothing in the Convention shall affect in any way the exercise of navigational rights and freedoms as provided for in international law and as reflected in relevant international instruments".

(72) "The Government of Singapore declares that, in accordance with article 4 (12), the provisions of the Convention do not in any way affect the exercise of navigational rights and freedoms as provided in international law. Accordingly, nothing in this Convention requires notice to or consent of any State for the passage of a vessel under the flag of a party, exercising rights of passage through the territorial sea or freedom of navigation in an exclusive economic zone under international law".

(73) "The Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland declare that, in accordance with article 4 (12), the provisions of the Convention do not affect in any way the exercise of navigational rights and freedoms as provided for in international law. Accordingly, nothing in this Convention requires notice to or consent of any state for the passage of hazardous wastes on a vessel under the flag of a party, exercising rights of passage through the terri-

By depositing interpretative declarations, States add elements that can become (under certain conditions) part of the "context" of the treaty, to be taken into account when interpreting it (art. 31 para. 2 of the Vienna Convention). They can "influence", so to speak, treaty interpretation itself.

A particular case is that of the Italian objection to some of the above-mentioned declarations:

"The Government of Italy, in expressing its objections vis-à-vis the declarations made, upon signature, by the Governments of Colombia, Ecuador, Mexico, Uruguay and Venezuela, as well as other declarations of similar tenor that might be made in the future, considers that no provision of this Convention should be interpreted as restricting navigational rights recognized by international law. Consequently, a State party is not obliged to notify any other State or obtain authorization from it for simple passage through the territorial sea or the exercise of freedom of navigation in the exclusive economic zone by a vessel showing its flag and carrying a cargo of hazardous wastes".

The Italian objection may be bewildering to a certain extent. Given the nature of mere interpretative declarations of those to which Italy wishes to object (it must be recalled that Italy does not object to the *nature* of the declarations but only to their *content*), the function of such an objection may not be *prima facie* as clear as in the case of a reservation. In fact, this kind of objection can be extremely useful in the present case. From one point of view it can be an occasion to offer an interpretation, in a way that is forwally different from a mere interpretative declaration, but with the same value in substance (74). From another point of view, it can be used to avoid that an agreement is reached on the objected interpretation and that, therefore, this may become an interpretative element in the light of article 31 paragraphs 2, 3 and 4 of the Vienna Convention. From yet another point of view, this may be a sort of "preventive" objec-

---

torial sea or freedom of navigation in an exclusive economic zone under international law".

(74) See thee ILC in para. 28 of the commentary to para. 1.2 of the *draft guidelines*: "[...] when they formulate objections to reservations or react to interpretative declarations formulated by other contracting parties, States or international organizations often go on to propose their own interpretation of the treaty's provisions. There is no prima facie reason not to consider such "counter-proposals" as veritable interpretative declarations, at least when they seek to clarify the meaning and scope of the treaty in the eyes of the declarant [...]".

tion, made bearing in mind the risk that these declarations may be interpreted as reservations, and therefore in order to prevent the tacit consent mechanism, embodied in article 20.5 of the Vienna Convention, from entering into operation, with the consequences stated in article 21 of the same Convention (75). Finally, the Italian statement, presented under the form of an objection, may well have been an expedient to deposit an interpretative declaration out of the time limits indicated in article 26 of the Basel Convention (taking advantage of a loophole in the article which explicitly refers to declarations but does not fix limits for objections).

Partially different observations apply to a declaration made by Egypt, which stated that:

"First declaration: passage of ships carrying hazardous wastes through the Egyptian territorial sea:

[...] In accordance with the provisions of the Convention and the rules of international law regarding the sovereign right of the State over its territorial sea and its obligation to protect and preserve the marine environment, since the passage of foreign ships carrying hazardous or other wastes entails many risks which constitute a fundamental threat to human health and the environment; and In conformity with Egypt's position on the passage of ships carrying inherently dangerous or noxious substances through its territorial sea (United Nations Convention on the Law of the Sea, 1983), [...]

1. Foreign ships carrying hazardous or other wastes will be required to

---

(75) It is worth clarifying that the objection may have this function only if the declarations objected to were to be considered as reservations, and not for declarations as such. In fact, some authors (e.g. SAPIENZA, *op. cit.*, p. 239) seem to suggest that the same rules on acceptance and objections relating to reservations should be applicable to declarations of other kinds as well. In our opinion this is not necessary, and may be even counterproductive. The above mentioned approach would entail, for instance, the extension to interpretative declarations of the tacit consent principle laid down in article 20.5 of the Vienna Convention, with the consequence that interpretations not objected to would have to be considered as accepted. It seems more logical to deal with the matter from the point of view of treaty interpretation: this way an interpretation will, obviously, not be accepted by those States objecting to it, but it will not be regarded as shared by those who do not react to it. Article 31 of the Vienna Convention includes, for the purpose of the interpretation of the treaty, within the context and together with it, only those interpretative elements on which there is agreement between the parties. This provision seems to be enough to regulate issues of unilateral declarations and their objections, without resorting to other rules designed for reservations and, thus, for a different function.

obtain prior permission from the Egyptian authorities for passage through its territorial sea.

2. Prior notification must be given of the movement of any hazardous wastes through areas under its national jurisdiction, in accordance with article 2, paragraph 9, of the Convention.

Second declaration: imposition of a complete ban on the import of hazardous wastes:

[...] In accordance with its sovereign rights and with article 4, paragraph 1(*a*), of the Convention, a complete ban is imposed on the import of all hazardous or other wastes and on their disposal on the territory of the Arab Republic of Egypt. This confirms Egypt's position that the transportation of such wastes constitutes a fundamental threat to the health of people, animals and plants and to the environment''.

The first declaration, even if it is very explicit in its wording, does not seem to differ in substance from those considered above, being of a mere interpretative character. The requirement for foreign ships to obtain prior permission from the Egyptian authorities in case of passage through its territorial sea, and prior notification for the movement of any hazardous wastes through areas under its national jurisdiction, is nothing but an interpretation of the combined articles 6 and 4 para. 12 of the Basel Convention. It is worth noting that Egypt does nothing more than recalling its own position on the issue of transboundary movement of hazardous wastes maintained within the Montego Bay Convention. Since article 4 para. 12 of the Basel Convention limits itself to incorporating the law of the sea, the Egyptian declaration appears to be coherent with the context.

More doubts may be raised by the second declaration. Art. 4.1 (*a*) of the Basel Convention authorises explicitely States to ban only the import of hazardous wastes, but not their transit. However, in the last paragraph of the declaration (where ''transportation'' is mentioned) the intent of Egypt may appear to be the general banning of all hazardous wastes, even for transit. If this was the real meaning of the Egyptian declaration it could be considered as a reservation. Nevertheless, if we apply the presumptions suggested by the ILC (76), and without strong indications towards the adoption of the opposite solution, it may be preferable to consider this last one as a unilateral declaration as

(76) *Supra, draft guidelines*, para. 1.3.2 and para. 1.3.3.

well. Moreover, since Egypt states its position on the transit of foreign ships in areas under its own jurisdiction in the first declaration, it is perhaps not illogical to presume that in the second declaration the reference is to an import ban and not to transit.

The Egyptian declaration has given rise to the protests of the United Kingdom (77), Finland (78), Italy (79), the Netherlands (80),

---

(77) ''The Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland cannot accept the first declaration of Egypt (passage of ships carrying hazardous wastes through the Egyptian territorial sea) [...]. Not only was this declaration out of time, but like all other declarations to similar effect, it is *unacceptable in substance*. In this connection the United Kingdom Government recalls its own statement upon signature confirmed upon ratification'' (italics added).

(78) ''In the view of the Government of Finland the declarations of Egypt raise certain legal questions. Article 26.1 of the Basel Convention prohibits any reservation or exception to the Convention. However, according to article 26.2 a State can, when acceding to the Convention, make declarations or statements 'with a view, *inter alia*, to the harmonization of its laws and regulations with the provisions of this Convention...'.

Without taking any stand to the content of the declarations, which appear to be *reservations in nature*, the Government of Finland refers to article 26.2 of the Basel Convention and notes that the declarations of Egypt have been made too late. For this reason the Government of Finland objects to the declarations and considers them devoid of legal effect'' (italics added).

(79) ''... The Italian Government objects to the deposit of the aforementioned declarations since, in its opinion, *they should be considered as reservations* to the Basel Convention and the possibility of making reservations is excluded under article 26, paragraph 1, of the Convention. In any event, article 26, paragraph 2, stipulates that a State may, within certain limits, formulate declarations only 'when signing, ratifying, accepting, approving, ...confirming or acceding to this Convention'.

For these reasons, the deposit of the aforementioned declarations cannot be allowed, regardless of their content'' (italics added).

(80) ''While the second and the third declarations do not call for observations by the Kingdom, the first declaration establishing the requirement of prior permission for passage through the Egyptian territorial sea is not acceptable.

The Kingdom of the Netherlands considers the first declaration to be a reservation to the (Basel) Convention. The Convention explicitly prohibits the making of reservations in article 26 par. 1.

Moreover, this reservation has been made two years after the accession of Egypt to the (Basel) Convention, and therefore too late.

Consequently the Kingdom of the Netherlands considers the declaration on the requirement of prior permission for passage through the territorial sea made by Egypt a *reservation which is null and void*'' (italics added).

Sweden (81) and Austria (82). Apart from the problem of the time the declaration was made (which is the reason why in the end the declaration has not been accepted for deposit) (83),

---

(81) ''The Government of Sweden cannot accept the declarations made by the Government of Egypt [...].

First, these declarations were made almost two years after the accession by Egypt contrary to the rule laid down in article 26, paragraph 2 of the Basel Convention.

Second, the content of the first of these declarations must be understood to constitute a *reservation* to the Convention, whereas the Basel Convention explicitly prohibits reservations (article 26, paragraph 1).

Thus, the Government of Sweden considers these declarations *null and void*'' (italics added).

(82) In footnote 3, page 5 of Document SBC No 97/015 cit. one can read: ''On 13 October 1995, the following position of Austria was communicated to the Secretariat of the Basel Convention 'for the attention of the United Nations' Secretary General in his function as the depositary of the Basel Convention': 'The Government of Austria refers to the communication of the Government of Egypt of 31 January 1995 [...]' [...] the Government of Austria objects to the abovementioned declarations [...] for the following reasons:

— these declarations could be considered as reservations [...]

— the abovementioned communication [...] has been made too late to be a declaration according to Art. 26.2 of the Convention''.

(83) On 31 January 1995, the Government of Egypt had informed the Secretary-General (as the depository of the treaty) that its instrument of accession would have been accompanied by some declarations which were, in fact, transmitted only few months later (17 July 1995). The Basel Convention, however, states that declarations may be deposited only ''[...] when signing, ratifying, accepting, approving, formally confirming or acceding to this Convention [...]''. In a following communication the Secretary-General, in keeping with the depositary practice followed in similar cases, proposed to receive the declarations in question for deposit in the absence of any objection on the part of any of the Contracting Sates within a period of 90 days from the date of their circulation. In view of the objections made by some States within the time limit, the Secretary-General took the view that he was not in a position to accept these declarations for deposit (see Document SBC No: 97/015, cit., pp. 12-15). It is worth noting that, together with the Egyptian declaration, a third collective declaration has been deposited which is certainly not a reservation and which, not having caused any objection by other parties, has been accepted notwithstanding its late deposit:

''The Governments of Bahrain, Belgium, Benin, Côte d'Ivoire, Denmark, Egypt, the Federal Republic of Germany, Finland, France, the German Democratic Republic, Ghana, Greece, Hungary, Italy, Jordan, Kenya, Kuwait, Lebanon, Luxembourg, Malaysia, Malta, Namibia, Netherlands, Niger, Norway, the Philippines, Portugal, Saudi Arabia, Senegal, Sweden, Switzerland, Turkey, the United Arab Emirates and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland.

such objections seem unjustified. All the above mentioned States define the Egyptian declaration as a reservation, even though some have made themselves declarations having exactly the same nature but only stating the opposite point of view on the subject matter. Such an attitude is certainly guided by political considerations but cannot be considered determinant from a legal point of view.

In conclusion, it seems that the group of declarations re-

Sweden, Switzerland, Turkey, the United Arab Emirates and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, as well as the Commission of the European Union, which will sign the Convention and/or the final document referring to the Control of Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal, (referred to hereinafter as 'the Convention'),

Concerned that the transboundary movement of hazardous wastes constitutes a great danger to the health of both humans and the environment,

Considering that the developing countries have a limited ability to manage wastes, especially hazardous wastes, in an environmentally sound manner,

Believing that a reduction in the production of hazardous wastes and their disposal in environmentally sound conditions in the country which exports them must be the goal of waste management policy,

Convinced that the gradual cessation of transboundary movements of hazardous wastes will undoubtedly be a major incentive to the development of appropriate national facilities for the disposal of wastes,

Recognizing the right of every State to ban the import to or export from its territory of hazardous wastes, Welcoming the signature of the Convention,

Believing it necessary, before applying the provisions of the Convention to impose immediate and effective control on transboundary movement operations, especially to developing countries, and to reduce them,

Declare the following:

1. The signatories to this Convention affirm their strong determination that wastes should be disposed of in the country of production.

2. The signatories to this Convention request States which accede to the Convention to do so, by making every possible effort to effect a gradual cessation of the import and export of wastes for reasons other than their disposal in facilities which will be set up within the framework of regional cooperation.

3. The signatories to this Convention will not permit wastes to be imported to or exported from countries deficient in the technical, administrative and legal expertise in administering wastes and disposing of them in an environmentally sound manner.

4. The signatories to this Convention affirm the importance of assistance to develop appropriate facilities intended for the final disposal of wastes produced by countries referred to in paragraph 3 above.

5. The signatories to this Convention stress the need to take effective measures within the framework of the Convention to enable wastes to be reduced to the lowest possible level and to be recycled''.

garding the unresolved issue of the application of prior consent and notification for the transboundary movement of hazardous wastes through maritime areas as far as the States of transit are concerned is made of interpretative declarations. Apart from the debate on what is, in substance, the legal outcome of the Basel Convention regime in this regard, it is not possible to say that a clear regime exists and that some of these declarations may aim at modifying or excluding it. It is the Convention itself that does not resolve the *dilemma* through the use of the deliberately ambiguous phrasing of article 4 para. 12. Therefore, if the treaty itself is so ambiguous and susceptible of different interpretations, none of the declarations considered above certainly can ''exclude or modify the legal effects of the provisions of the Convention'', they can only put forward one of the possible interpretations of them. Moreover, in the impossibility to prove the opposite, the ILC suggests to consider them as interpretative declarations (*draft guidelines*, para. 1.3). The practice of States objecting to the Egyptian declaration does not seem to contribute objectively to the debate, being clearly inspired by strategic considerations.

By applying the distinction between reservations and declarations of another kind based upon the modifying or excluding effects of the declaration on the treaty norms with respect to the declaring State (the nomenclature being irrelevant), supported by the new elements brought forward by the work of the ILC, it is possible to draw the following conclusion:

— Some of the unilateral declarations deposited by States parties to the Convention are legitimate according to article 26 (*supra*, p. 124);

— Other declarations are reservations in disguise (*supra*, p. 125 ff.);

— The declarations on the issue of the relationship between the prior informed consent and notification in the Basel Convention and freedom of navigation according to the law of the sea are mere interpretative declarations (*supra*, p. 128 ff.). From a merely pragmatic point of view, these declarations will keep their interpretative character only as long as the contents of the treaty norms to which they refer will remain uncertain. A declaration is a mere interpretative one as long as it gives the subjective point of view of a State on a treaty provision that is

susceptible of different interpretations. For this reason, in case an authentic interpretation is given (by the parties), the declaration going against it should be considered as a reservation. The treaty provision would be given a certain and objective meaning, and a declaration interpreting it otherwise would, in fact, aim at modifying or excluding its legal effects, becoming a true reservation (84).

6. It is now necessary to analyse the consequences of the making of a reservation, notwithstanding the explicit prohibition of article 26 of the Basel Convention. The Convention itself does not provide for an answer on the matter. According to the Vienna Convention, a State is free to make reservations to a treaty, unless this is explicitly prohibited by the treaty itself (art. 19 subpara. *a*). Having said that, however, the Vienna Convention does not regulate the case in which a prohibited reservation is nonetheless made, and this has been identified as one of the major weaknesses of the Convention as far as reservations are concerned. A complex debate among scholars has been lit up by this gap, and two principal schools of thought have thereafter emerged (85).

According to the ''opposability school'' (86), even if reservations are not allowed by the treaty, everything will depend upon the will of other parties which may accept them or not, with the consequence that the same rules designed for duly made reservations will be applicable to a prohibited reservation which is nonetheless accepted by other States. The main argument of this school is the primacy of the sovereignty principle, but it cannot be followed here for three main reasons: firstly, it does

---

(84) See, for example, HORN (*op. cit.*, pp. 232, 239) clarifying that the ''excluding'' or ''modifying'' effect can only be asserted at the very moment one of the many possible interpretations is finally authoritatively established as the only right and valid one.

(85) See REDGEWELL, *Universality or Integrity? Some reflections on reservations to general multilateral treaties*, in *BYIL*, 64 (1993), pp. 263 ff.; SIMMA, *Reservations to Human Rights Treaties - Some Recent Developments*, in Liber Amicorum Professor Seidl - Hohenveldern, in Honour of his 80th Birthday, London, 1998, p. 663 ff.

(86) See, for example, RUDA, *op. cit.*, *passim*.

not seem to take into account clear textual indications within the Vienna Convention (87); secondly, it runs against the principle of effectiveness in treaty interpretation, since its effect is to ''neutralise'' the role played by article 19 of the Vienna Convention (in particular by its subpara. *a*) (88); lastly, it turns into an amendment (art. 40 of the Vienna Convention) or into an *inter-partes* modification (art. 41) of the treaty.

According to the second school, generally referred to as the ''permissibility (or admissibility) school'', the validity of a reservation must be assessed only by reference to the treaty, and the role of objections and acceptances by other States comes into play only as a secondary issue, and only if the reservation is *ab initio* permissible (89). The consequence of the inadmissible reservation may be that, if the reservation is prohibited by the treaty but is nonetheless made, the State making it may not be considered as a party to the treaty; this conclusion seems to be more coherent with traditional international law since, strictly speaking, due to the making of an impermissible reservation an agreement cannot be said to have been reached between the reserving State and other parties (90).

Another option has evolved more recently, however: the so-called ''severability theory'' provides that the State making an inadmissible reservation is a party to the treaty, but the (inadmissible) reservation does not have any effect at all, it is null and void *ab initio*. This theory has been proposed and developed within the international protection of human rights context (91), by the European Court of Human Rights in the *Belilos* case (92),

---

(87) Article 21 of the Vienna Convention, regulating the effects of reservations and objections, starts by stating that ''A reservation established [...] *in accordance with articles 19*, 20 and 23'' (italics added): a reservation prohibited by the treaty is not made *in accordance with article 19*, but in contrast with it.

(88) REDGEWELL, *op. cit.*, pp. 260-261.

(89) Exponents of this school are, for example, BOWETT (see *op. cit.*, p. 88) or SIMMA, *op. cit.*, *passim*.

(90) On the point see GIULIANO, SCOVAZZI, TREVES, *op. cit.*, pp. 309, 317; BARATTA, *op. cit.*, p. 167.

(91) BARATTA, *op. cit.*, pp. 117-118; SIMMA, *op. cit.*, p. 668 ff.

(92) ''The declaration [...] be held to be invalid. At the same time, it is beyond doubt that Switzerland is, and regards itself as, bound by the Convention irrespective of the validity of the declaration'' (*supra*, n. 25, para. 60 of the decision).

and thereafter by the Human Rights Committee (93), where it matured as the answer to the need of balancing the widest possible participation to the treaty (94) on the one hand, with its integrity on the other. The consequences of the making of an impermissible declaration may be drawn otherwise from the interpretation of the intention of the reserving party. Since there is a fundamental contradiction between the expression of the consent to be bound by the treaty and the making of an impermissible reservation, it would be necessary to analyse in practice, on a case-by-case basis, which one may prevail. If the reservation and the expression of the State's consent to the treaty are bound together (for instance if the reservation concerns an essential provision of the treaty or if the declaring State makes its participation to the treaty depending on the acceptance of its reservation by other parties) the State will not be able to participate in the agreement; if, on the other hand, the intention to become a party to the treaty prevails on the deposit of the impermissible reservation (since, for example, it does not concern an essential treaty provision and does not qualify the State's participation to the treaty), the reservation will be invalid and the State may become a party (95).

7. What sort of suggestions is it possible to draw from the practice of States parties to the Basel Convention in order to solve the disputed issue of the consequences of impermissible reservations? In fact, this practice does not provide for many new elements.

Italy has deposited an objection to some declarations but it

---

(93) "The normal consequence of an unacceptable reservation is not that the Covenant will not be in effect at all for a reserving party. Rather such a reservation will generally be severable, in the sense that the Covenant will be operative for the reserving party without benefit of the reservation" (Human Rights Committee, General Comment nº 24, para. 18). See REDGEWELL, *Reservations to Treaties and Human Rights Committee General Comment No. 24*, in *ICLQ*, 46 (1997), p. 390 ff.; SIMMA, *op. cit.*, p. 671.

(94) International Covenant on Civil and Political Rights, New York, 16 December 1966, entered into force on 23 March 1976, in 6 ILM (1967), p. 368.

(95) MIGLIORINO, *Le obiezioni alle riserve nei trattati internazionali*, Milano, 1997, pp. 37-40; BOWETT, *op. cit.*, p. 77; SUCHARIPA-BEHRMANN, *op. cit.*, p. 80; BARATTA, *op. cit.*, p. 136.

has not disputed their nature as reservations. The only indications regarding the effects of inadmissible reservations may come from some of the objections to the Egyptian declaration concerning prior notification or consent requirements for ships passing through areas under Egyptian jurisdiction. Finland, the Netherlands and Sweden have, in their own different terms, declared that they consider those Egyptian declarations to be reservations in disguise and have underlined how they were deposited too late, concluding for these reasons that these were to be held "null and void" (96). These three States seem to follow, with different intensity, the severability theory.

Finally, Italy has been more cautious, stating that the Egyptian declarations "*should be considered as reservations*" and that, in any event, they were made too late, with the consequence that their deposit could not be allowed. Italy does not seem to uphold explicitly the severability theory, but by asking that the declaration is not accepted, in the end it achieves the same result.

The more coherent solution in the present case seems to be in accordance with the severability theory: to deprive reservations in disguise of any effect and at the same time to consider the reserving State as a party to the treaty. When a treaty explicitly prohibits the making of reservations, as in the case of the Basel Convention, the reserving State knows exactly what is doing. It is certainly not forced to participate in the agreement: if it does not want the rights and obligations deriving from the treaty it will not ratify it. If, on the contrary, it is willing to become a party, it knows that it will have to accept the treaty in its integrity, and that it will not be allowed to make any reservation. The severability theory and the subsequent nullity of reservations in disguise seems to better respond to the *ratio* underpinning arti-

(96) The Netherlands have been the most explicit ones; they declare that the Egyptian declaration requiring the prior consent from Egyptian authorities for the passage through the territorial sea is "a reservation which is null and void". The upholding of the severability theory could not be stronger. Sweden regards the declaration as "null and void" both for its nature (which is in its view a reservation) and for the expiring of the time limits for its valid deposit. Finland seems to have adopted the most cautious approach: after declaring that the Egyptian declaration is a reservation, it appears to consider it devoid of legal effect only as a consequence of its late deposit.

cle 26 of the Basel Convention, and appears to be more correct from a legal point of view (see *supra*). Moreover, the few elements drawn from the relevant practice within the Montego Bay Convention (which can be paralleled to the Basel Convention) (97) and those within the Basel Convention itself seem to go in this direction.

8. International practice is more and more discovering the issue of declarations other than reservations. These can play different roles in the treaty system: some may be statements of principle, others may be linked to some operative aspects of the agreement itself, others may be of an interpretative nature.

These last ones are those creating most difficulties. Their usefulness is indisputable, since they allow a State to clarify how it is interpreting a treaty provision to which is bound, and all these interpretative declarations together constitute a great interpretative aid for the understanding of the treaty itself. In the case of the Basel Convention, they can help in understanding the ambiguous relationship between some of the Convention requirements and the rights of coastal States and freedom of navigation as disciplined in the law of the sea. However, it can be difficult to distinguish them, in practice, from true reservations: interpretative declarations can, thus, become a real problem when the distinction is essential as in the case of the Basel Convention which permits the former and prohibits the latter.

Thanks to the recent work of the ILC, to that of scholars and to few elements in international judicial decisions, it is possible to draw a reasonably accepted definition of interpretative declarations. The interpreter will have to look for the intent of the author to modify or exclude the legal effects of treaty norms, with the name given to the statement by the declaring State remaining not decisive; if it finds such an intent the statement is, in fact, a reservation; if there is otherwise the simple intention to clarify the meaning of the treaty dispositions with respect to the declaring State, it is an interpretative declaration. By applying these criteria to the Basel Convention, and with the help of the presumptions suggested by the ILC in its guidelines on reserva-

(97) See NELSON, *op. cit.*, p. 781 ff.

tions and interpretative declarations, some of the declarations analysed here can be considered as reservations.

There can be declarations and objections to them, according to a mechanism which is typical of reservations, as it has happened in the case of the Basel Convention; however, their effects are simply to establish a dispute on treaty interpretation. As long as declarations and objections will have the intent to simply clarify the meaning of the treaty norms in respect to the declaring State, it will only be a question of debating over treaty interpretation; in such cases, rules on acceptance of, and objection to, reservations and their consequences, that are designed for a different matter and underpinned by a different *ratio*, should not be applied (98).

The prohibition to make reservations contained in article 26 of the Basel Convention (as in all Conventions adopting a similar provision like the Montego Bay Convention) derives from the clear intention of negotiators to maintain the integrity of the treaty. It does not seem logical, from a legal point of view, to permit such a choice to be subsequently ignored. When, at the end of the complex interpretative exercise, some of the declarations appear to be reservations in disguise, these should be held as null and void of any legal effect. To permit that surreptitious modifications be made, whereas the choice for treaty integrity has been unequivocal, (according to the opposability school) does not seem acceptable. It would be unreasonable to leave such a choice in the hands of the network of bilateral relations between parties deriving from their acceptance and objections inspired by strategic and political demands.

On the other hand, it is fair to say that some scholars have sided with the nullity of the entire consent to be bound to the treaty in cases of the deposit of a prohibited reservation. There does not seem to be a definitive solution for the matter; it is more likely a question of choosing between two different schools of thought.

The severability theory has the advantage of guaranteeing a higher degree of participation to the treaty while maintaining, at the same time, its integrity. The most common criticism made in

(98) HORN, *op. cit.*, p. 244.

its respect is that the principle of consent of the declaring State is unduly constrained, since it is regarded as a party without the reservation made (99); however, such a censure does not appear to be deserved, as far as the present case is concerned. First of all, one must remember that the declaring State has accepted *a priori*, in the Basel Convention itself, not to make any reservation. It is not a case of running against the will of the State in an arbitrary way; it is rather a question of choosing between two incompatible expressions of consent. If we leaned towards the automatic exclusion of the State from the treaty we would face, nonetheless, an inevitable self-contradiction: a State would express its consent to be bound by a treaty explicitly prohibiting reservations, and at the same time it would make an opposite declaration vanishing the very same consent above. The automatic expulsion from the agreement itself would mean constraining the free will of States, whereas the reservation may have been made in good faith, thinking that it was a simple interpretative declaration (100). If those declarations relating to prior notification and consent for shipments through marine areas were to be held *a posteriori* as reservations, for example, we would face all at once the exclusion of several States that, in fact, regard their participation to the Basel Convention as very important. On the contrary, since States have necessarily accepted not to make reservations, it seems more logical to presuppose their good faith, and consider their declarations as not even made. In fact, if the severability theory is adopted, the expression of the consent to be bound by the treaty is safeguarded, and at the same time the principles of good faith, of presumption of conformity to international law, and the principle *pacta sunt servanda* are duly applied. Finally, in case the reservation was truly essential for the declaring State, the latter could always withdraw from the Convention (article 27 of the Basel Convention allows to do so). It seems that, this way, the principle of

(99) BARATTA, *op. cit.*, p. 159.

(100) See also MIGLIORINO, *op. cit.*, p. 38, according to whom the will to become a party to the treaty should prevail on the opposite one expressed through the making of an inadmissible reservation, since the opposite solution (that of nullifying the entire consent to be bound by the treaty) would be too severe for the declaring State.

consent is safeguarded, and that the nullity of the reservation in comparison with the exclusion of the reserving State is, so to speak, ''the lesser of two evils''. It must not be forgotten that practice and jurisprudence seem to give some evidence in favour of this solution.

However, if not the parties, then who should be carrying out the duty of interpreting the declarations, and deciding on the consequences of impermissible reservations? In human rights treaties the proposal has been brought forward that the same bodies in charge of monitoring and supervising the respect and implementation of the treaty should do so. And this is what has happened in the cases of the European Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights. The competent bodies have examined the relevant declarations and they have decided in favour of the severability of the reservations concerned. Even though it is argued here that the same conclusions should be applied in the case of the Basel Convention, the latter has no *ad hoc* competent body as in the above mentioned cases. One may, then, look at the dispute settement mechanism embodied in article 20 of the Convention. Unfortunately it is a weak and non-binding mechanism, thus inadequate to the performing of this task. Therefore, the only conclusion available is that, although in theory it is possible to distinguish between reservations and interpretative declarations and the consequences of inadmissible reservations have been identified, there is no mechanism guaranteeing the right functioning of the treaty in this regard; the fate of the declarations herein examined could be decided in those rare cases in which an agreement is reached among parties, and when, following the rules on the peaceful settlement of international disputes, the matter is brought before an international court or tribunal.

A last remark concerns declarations in general. The system of prohibiting reservations and permitting other declarations, adopted by the Montego Bay Convention and thereafter received by the Basel Convention, is slowly spreading within the international multilateral agreements context. A consequence of this may be that the mechanism is ''devalued'', so that the prohibition of reservations may be weakened. The mechanism must, therefore, be used in treaties the integrity of which is fundamental, and it must be implemented in a firm manner so that its *ra-*

tio, that is to prohibit *tout court* reservations and permit other declarations as the only exception, is respected. If, on the contrary, it is embodied in most controversial treaties, and its importance is underestimated, the risk is that the possibility to make declarations may be seen as a loophole in the prohibition of reservations, encouraging States to make reservations under the name of declarations of a different kind, playing with the difficulties and uncertainties concerning the matter. As an example, at the Fifth Conference of the Parties to the Basel Convention (Basel, 10 December 1999), a Protocol on liability and compensation for damage resulting from the transboundary movements of hazardous wastes and their disposal has been adopted, embodying a clause that is similar to those mentioned above (101). Since the negotiation process on the Protocol was very controversial, some States made declarations that are at the borderline between reservations and interpretative declarations, explicitly taking advantage of the possibility offered by this kind of clause. In practice, the possibility to make declarations has been used by the negotiators to allow those States that were not completely satisfied by the compromises reached to sign the agreement accompanied by declarations that may well be reservations in disguise. The clause has been used as a safety valve allowing the debate to remain open on some crucial issues relating to the Protocol. The objective of universality in treaty participation should not prevail so overwhelmingly against the equally legitimate aim of treaty integrity, especially as far as multilateral agreements relating to the environment are concerned.

---

(101) Draft Protocol on Liability and Compensation for Damage Resulting From the Transboundary Movements of Hazardous Wastes and their Disposal, 10 December 1999, Doc. UNEP/CHW.5/CRP.17.

RISERVE, DICHIARAZIONI E FACOLTÀ NELLE CONVENZIONI DELL'AJA DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

DI

PATRIZIA DE CESARI
Professore associato nell'Università degli Studi di Trento

SOMMARIO: 1. La guida pratica, in materia di riserve, elaborata nell'ambito della Conferenza dell'Aja. — 2. La tecnica della negoziazione. — 3. Le riserve consentite dalle convenzioni o comunque ritenute compatibili con l'oggetto e con lo scopo dell'accordo. — 4. Convenzioni che non contengono disposizioni in materia di riserve. — 5. La possibilità di derogare alle disposizioni del trattato mediante accordi bilaterali complementari. — 6. Le dichiarazioni interpretative ed altre dichiarazioni. — 7. Le facoltà. — 8. Gli effetti delle riserve nei confronti dello Stato autore e nei confronti degli altri Stati. — 9. Effetti delle riserve formulate dallo Stato predecessore quando si verifichi un fenomeno di successione.

1. La Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato, organizzazione governativa a carattere permanente, ha elaborato, a partire dalla sua prima sessione, tenutasi nel 1893, una numerosa serie di convenzioni internazionali, finalizzate all'unificazione delle regole di diritto internazionale privato e processuale (1).

Appare interessante analizzare le tecniche che sono state seguite in tale ambito in materia di riserve, allo scopo di permettere la più larga partecipazione possibile degli Stati agli accordi e ciò anche alla luce dei lavori della Commissione di Diritto Internazionale, che ormai da qualche anno sta riesaminando il fenomeno (2).

---

(1) Sugli scopi della Conferenza e sul metodo adottato per l'elaborazione delle convenzioni si veda cfr. M.H. VAN HOOGSTRATEN, *La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye*, in *Recueil des cours*, t. 122, 1967, III, p. 379; sull'opera svolta dalla Conferenza P. DE CESARI, voce *L'Aja (Conferenze e convenzioni de)*, in *Novissimo Dig. it.*, Torino, 1983, p. 3 ss.

(2) La Commissione di Diritto Internazionale delle Nazioni Unite ha iniziato nel 1995 lo studio della materia. Come base è stato ripreso il sistema elaborato con la Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, che ha cercato di codificare la prassi internazionale sul tema ed ha dedicato alla materia gli artt. da 19 a 23, poi riconfermati nel testo della Convenzione di Vienna del 1978 sulla successione degli Stati ai trattati e in alcuni articoli della Convenzione del 1986 sul diritto dei trattati tra Stati ed organizzazioni internazionali e fra organizzazioni internazionali (attualmente non ancora in vigore). I testi delle tre convenzioni si posso-

La Conferenza dell'Aja da tempo ha dedicato alla materia una specifica nota, che ha rappresentato e rappresenta una specie di guida pratica per gli Stati (3). La nota è stata redatta dal *Bureau Permanent* della Conferenza con lo scopo di venire in-

---

no leggere rispettivamente in *UNTS*, vol. 1155, p. 331; in *ILM*, 1978, p. 1488 ed in *ILM*, 1986, p. 543 e, nella versione italiana, in R. LUZZATTO, F. POCAR, *Codice di diritto internazionale pubblico*, Torino, 1998, rispettivamente alle pagine: 33 ss.; 48 ss. e 68 ss. La prassi successiva a queste convenzioni si è tuttavia molto evoluta tanto che, con risoluzione n. 48/31 del 9 dicembre 1993, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha approvato la decisione della Commissione di Diritto Internazionale di includere nel proprio programma il tema del diritto e della prassi in materia di riserve ai trattati. Nel corso della quarantaseiesima sessione, la Commissione ha nominato Alain Pellet *Special Rapporteur*, il quale nel suo primo rapporto *First Report on the Law and Practise Relating to Reservations to Treaties. Preliminary Report*, (A/CN.4/470 e Corr. 1 e 2), presentato in occasione della quarantasettesima sessione, tenutasi nel 1995 (ILC Report, A/50/10, 1995), ha impostato i problemi ed ha precisato che lo scopo del suo lavoro è quello di eliminare ambiguità e lacune presenti nella Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, pur riconoscendo la validità della codificazione del 1969 sulle riserve. Nel rapporto si mette in evidenza la necessità, da una parte, di conservare gli elementi essenziali del trattato e, dall'altra, del bisogno di facilitare quanto più possibile l'accesso ai trattati multilaterali di interesse generale. Il relatore speciale ha proposto di adottare una guida alla pratica sulle riserve che consisterebbe in un insieme di linee guida (*guidelines*) per la prassi degli Stati e delle Organizzazioni internazionali, accompagnate da un commentario e da clausole modello (*model clauses*). Nel secondo rapporto, *Second Report on Reservations to Treaties* (A/CN.4/477, Corr. 1 e 2, e Add. 1, Add. 1/Corr. 1-4), presentato nell'ambito della quarantottesima e quarantanovesima sessione (ICL, Report, A/51/10, 1996), Pellet ha esaminato in modo più preciso e dettagliato il regime giuridico in materia ed ha affrontato il problema delle riserve alle convenzioni sui diritti umani. Il terzo rapporto, *Third Report on Reservations to Treaties*, è accompagnato da un progetto delle prime sei linee guida (A/CN.4/491 e Corr. 1, Add. 1, Add. 2 e Add. 2/Corr. 1, Add. 3 e Add. 3/Corr. 1, Add. 4/Corr. 1, Add. 5, Add. 6 e Add. 6 Corr. 1; ICL, Report, A/53/10, 1998) e concerne la distinzione tra riserve e dichiarazioni interpretative, tema che è stato ripreso durante la cinquantunesima sessione (ICL Report, A/54/10, 1999) in occasione della discussione del quarto rapporto, *Fourth Report on Reservations to Treaties* (A/CN. 4/499). Nel 2000 durante la cinquantaduesima sessione (ICL Report, A/55/10, 2000) è stato discusso il quinto rapporto, *Fifth Report on Reservations to Treaties* (A/CN.4/508, Add. 1, Add. 2, Add. 3 e Add. 4), dedicato alle alternative alle riserve e alle dichiarazioni interpretative, nonché alla formulazione, alla modifica e alla revoca delle riserve. Il quinto rapporto ha continuato ad essere esaminato nel corso della cinquantatreesima sessione della Commissione di Diritto Internazionale, svoltasi a Ginevra dal 23 aprile al 1° giugno e dal 2 luglio al 10 agosto 2001.

(3) Si veda la *Note sur les réserves et les facultés dans les Conventions de la*

contro alle notevoli difficoltà riscontrate dagli Stati sul problema delle riserve (4).

In questa breve guida si cerca di mettere a punto la terminologia e si propongono soluzioni tecniche adeguate. Viene in primo luogo richiamata la distinzione tra le riserve e le facoltà. Con le prime si indicano le dichiarazioni unilaterali attraverso le quali gli Stati mirano ad escludere o a modificare l'effetto giuridico di alcune disposizioni del trattato nella loro applicazione agli Stati medesimi; con le seconde si indicano quelle dichiarazioni unilaterali che hanno come fine di permettere ad uno Stato contraente di modificare determinate disposizioni entro limiti permessi e stabiliti previamente.

2. Nella *Nota* viene illustrata altresì la prassi, in materia di disposizioni sulle riserve, che la Conferenza aveva seguito fino al momento della pubblicazione della *Nota* stessa e che ha continuato a seguire sino ad oggi (5). Si tratta del sistema, chiamato della « tecnica della negoziazione », secondo la quale le riserve, proposte dalle delegazioni, sono discusse e adottate dalla Commissione incaricata dell'elaborazione della stessa convenzione. Risulta pertanto possibile, già nel corso del negoziato, anticipare le riserve che potrebbero essere formulate da uno Stato piuttosto che da un altro e si permette di chiarire perché la possibilità di apporre determinate riserve debba essere esclusa. Durante i negoziati i delegati si sforzano di attenuare il più possibile le differenze tra i sistemi giuridici e di trovare soluzioni che convengano ad un numero più esteso possibile di Stati. Le riserve vengono ammesse proprio quando le divergenze non possono essere appianate. Questo è ormai il sistema che si è consolidato nell'ambito della Conferenza.

Haye, in *Actes et documents de la Troisième session, 4-23 october 1976*, tomo I, *Matières diverses*, p. 102 ss.

(4) Sulla prassi seguita nell'ambito della Conferenza in materia di riserve, si veda in particolare G.A.L. DROZ, *Les réserves et les facultés dans les Conventions de La Haye de droit international privé*, in *Revue critique*, 1969, p. 385 ss e F.J. QUEL LOPEZ, *Las reservas en los convenios de La Haya de derecho internacional privado*, in *Revista española de derecho internacional*, 1993, p. 115 ss.

(5) Sulla negoziazione delle riserve e sulla tecnica di adozione si veda P.H. IMBERT, *Les réserves aux traités multilateraux*, Paris, 1979, p. 198.

3. Una volta che si è discusso, in fase di negoziato, quali siano le riserve ammesse, queste vengono indicate in apposite disposizioni ed una specifica norma della convenzione vieta qualunque altra riserva diversa da quelle espressamente consentite. Tale norma precisa anzi che, nel caso in cui le riserve non permesse dovessero essere formulate dagli Stati contraenti, esse non saranno ammesse.

Disposizioni di questo genere si trovano in quasi tutte le convenzioni dell'Aja comprese anche le convenzioni più recenti. Se prendiamo in considerazione la Convenzione sulla protezione internazionale degli adulti del 13 gennaio 2000 leggiamo all'art. 56: « Ogni Stato potrà, al più tardi al momento della ratifica, dell'accettazione, dell'approvazione o dell'adesione o al momento di una dichiarazione fatta ai sensi dell'art. 55, relativa all'estensione territoriale della Convenzione, formulare la riserva prevista dall'art. 51, par. 2. Nessun'altra riserva sarà ammessa » (6). Analoga formula è stata utilizzata all'art. 60 della Convenzione concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità dei genitori e di misure di protezione dei minori del 19 ottobre 1996 (7).

L'utilizzo della formula espressa, che esclude qualsiasi altra riserva, diversa da quelle ammesse, comporta il vantaggio di eliminare eventuali dubbi ed ambiguità sulla volontà dei negoziatori di limitare il numero delle riserve.

Quasi tutte le convenzioni, adottate nell'ambito dalla Con-

---

(6) Il testo della Convenzione si può leggere in *Rev. critique*, 2000, p. 159 ss. La Convenzione ad oggi è stata firmata solo dai Paesi Bassi.

(7) La Convenzione, il cui testo è pubblicato in *Rev. critique*, 1996, p. 813 ss., non è ancora in vigore internazionale; ad oggi è stata firmata da Marocco, Monaco, Paesi Bassi, Repubblica Slovacca e Repubblica Ceca ed è stata ratificata solo da Monaco. La possibilità di apporre riserve era stata prevista in quanto da parte di alcune delegazioni era stato espresso il timore di non riuscire a convincere i rispettivi Stati a ratificare la Convenzione qualora non fosse stata prevista la possibilità di riservare la competenza delle loro Autorità a prendere misure di protezione dei beni o perlomeno di determinati beni, in particolare immobili dei minori, che si trovino sul loro territorio e la possibilità di non riconoscere una responsabilità parentale o una misura che sia incompatibile con una misura presa dalle loro Autorità con riferimento a detti beni. Per un commento cfr. P. LAGARDE, *La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs*, in *Rev. critique*, 1997, p. 217 ss.

ferenza, contengono la formula che esclude ogni altra riserva non permessa. Un limitato numero di accordi, tuttavia, pur contenendo disposizioni che espressamente ammettono certe riserve, non contiene la formula che vieta qualsiasi altra riserva (8).

Si tratta di convenzioni che appartengono ad un primo periodo dei lavori della Conferenza, elaborate ed entrate in vigore tra il 1954 ed il 1958. Per esse la validità delle riserve, espressamente consentite a seguito del sistema della negoziazione, è assicurata. Si pone invece il problema di stabilire se uno Stato possa formulare riserve che non siano previste dal testo della convenzione, considerata la mancanza della clausola escludente qualsiasi altra riserva. La formulazione della lett. *b*) dell'art. 19 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (9), non sembra vietare, in tale ipotesi, l'apposizione di riserve supplementari. L'ammissibilità delle riserve è prevista, infatti, da tale Convenzione con notevole larghezza e, a prescindere in proposito da espressi divieti contenuti nel trattato, il criterio al quale la Convenzione si ispira, per determinare l'ammissibilità delle riserve, è quello della compatibilità delle stesse con l'oggetto e lo scopo del trattato, come è previsto dal punto *c*) dell'art. 19. Per le riserve non previste espressamente dalle anzidette convenzioni dell'Aja, si deve ritenere, pertanto, che, al di là della formulazione dell'art. 19 *b*) della Convenzione di Vienna, particolare attenzione vada accordata al testo di dette convenzioni ed ai lavori preparatori delle stesse. Da qui la conclusione che, in merito a tali accordi, richiamandosi al punto *c*) dell'art. 19, le riserve supplementari debbano essere considerate non ammissibili in quanto incompatibili con l'oggetto ed il fine del trattato, perché in

---

(8) Si tratta in particolare delle seguenti convenzioni: Convenzione relativa alla procedura civile del 1° marzo 1954; Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari nei confronti dei minori del 24 ottobre 1956; Convenzione sulla legge applicabile al trasferimento di proprietà in caso di vendita a carattere internazionale di beni mobili corporali del 15 aprile 1958; Convenzione sul riconoscimento della personalità giuridica delle società, associazioni e fondazioni del 1° giugno 1956.

(9) L'art. 19 della Convenzione di Vienna prevede: « Uno Stato nel momento di sottoscrivere, ratificare, accettare, approvare un trattato o di aderirvi, può formulare una riserva a meno che: *a*) la riserva non sia proibita dal trattato; *b*) il trattato non disponga che possono essere fatte solo determinate riserve, fra le quali non figura quella in questione; *c*) nei casi diversi da quelli contemplati *sub a*) e *b*), la riserva non sia incompatibile con l'oggetto e lo scopo del trattato ».

contraddizione con lo sforzo di unificazione e di creazione di una disciplina uniforme del diritto internazionale privato, sforzo che caratterizza, dal punto di vista del loro obiettivo, le convenzioni dell'Aja (10).

La mancanza di una formula escludente deve pertanto considerarsi come un dato puramente stilistico e redazionale emergendo, comunque, nella sostanza, l'intenzione dei negoziatori di ammettere esclusivamente le riserve espressamente adottate.

4. Tra quelle elaborate dalla Conferenza vi sono, infine, anche convenzioni che non contengono alcuna disposizione in materia di riserve. Si tratta della Convenzione sulla legge applicabile alle vendite a carattere internazionale di beni mobili corporali del 15 giugno 1955 (11) e della Convenzione sulla legge applicabile in materia di incidenti dalla circolazione del 4 maggio 1971 (12). Con riferimento a questi accordi, vale la considerazione che il silenzio mantenuto dal testo, rispetto alla possibile formulazione di riserve, senza che esista un espresso divieto in proposito, non significa che gli Stati siano liberi di porre riserve. Anche in questo caso occorre fare riferimento al punto *c*) dell'art. 19 della convenzione di Vienna ed escludere la possibilità di apporre riserve che siano incompatibili con l'oggetto e lo scopo della Convenzione. Nei due trattati, ai quali ora abbiamo fatto riferimento, il desiderio di uniformità, risulta particolarmente forte. Si tratta infatti di due convenzioni ad applicazione *erga*

---

(10) In questo senso si veda G.A.L. DROZ, *Les réserves et les facultés*, cit., p. 386 e F.J. QUEL LOPEZ, *Las reservas en los convenios*, cit., p. 117.

(11) La Convenzione, che è stata ratificata da dieci Paesi europei e alla quale ha aderito il Niger, è entrata in vigore internazionale dal 1° settembre 1964. In Italia è stata resa esecutiva con l. 4 febbraio 1958, n. 50, in *Gazz. Uff.*, n. 48 del 25 febbraio 1958 ed è entrata in vigore il 1° settembre 1964. Il testo della Convenzione è pubblicato in lingua ufficiale (francese) in F. POCAR, T. TREVES, R. CLERICI, P. DE CESARI, F. TROMBETTA PANIGADI, *Codice delle convenzioni*, cit., p. 516 ss.; il testo italiano, che non fa fede, è pubblicato in allegato alla citata legge di esecuzione.

(12) L'Italia non ha proceduto alla ratifica di questa Convenzione, che è in vigore internazionale dal 3 giugno 1975. Ad oggi gli Stati parte sono quattordici. Per il testo si veda *Recueil des Conventions de La Haye, Bureau permanent de la Conference*, 1970, p. 142 ss.

omnes (13), elaborate in seno alla Conferenza *per consensus* in modo del tutto consensuale, con lo scopo di sostituire alle disposizioni dei singoli Stati parte, in materia di conflitto di leggi, di giurisdizione ed in materia di riconoscimento delle sentenze, norme uniformi ad applicazione universale. Questi due accordi, proprio alla luce dello scopo di universalità perseguito, non contengono alcuna disposizione in materia di riserve. Non tutte le convenzioni cosiddette *erga omnes* sono caratterizzate dalla mancanza di disposizioni in materia di riserve. La convenzione del 2 ottobre 1973 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, pur avendo carattere universale, contiene, invero, la disposizione che consente determinate riserve e sancisce l'inammissibilità di ogni altra riserva. È evidente che l'adozione delle riserve consentite abbia avuto come conseguenza quella di limitare, comunque, il carattere universale della convenzione; d'altronde la possibilità di apporre riserve è stata posta da alcuni Stati come condizione della loro partecipazione (14).

5. Tra le convenzioni che non contengono alcuna disposizione in materia di riserve, un cenno particolare merita la Con-

---

(13) Tali convenzioni si distinguono dalle convenzioni *inter partes* e sono dette anche « universali », in quanto non subordinano il loro operare alla condizione che lo Stato, la cui legge è designata dalle norme convenzionali, abbia assunto sul piano internazionale gli stessi obblighi. Esse prevedono, infatti, che la legge designata si applichi anche nel caso in cui sia la legge di uno Stato non contraente. Su tali convenzioni si veda S. BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, 1986, p. 27; in particolare sugli effetti delle riserve alle convenzioni a carattere universale o *erga omnes*, si veda R. BARATTA, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, Milano, 1999, p. 274 ss.

(14) La Convenzione è entrata in vigore internazionale dal 1° ottobre 1977. Essa lega oggi undici Stati. Per l'Italia è entrata in vigore il 1° gennaio 1982. Il testo in italiano è pubblicato in allegato alla legge di esecuzione n. 745 del 24 ottobre 1980 in *Gazz. Uff.*, n. 310, suppl. ord. del 12 novembre 1980. Il testo in lingua ufficiale, francese, è pubblicato in F. POCAR, T. TREVES, R. CLERICI, P. DE CESARI, F. TROMBETTA PANIGADI, *Codice delle convenzioni*, cit., p. 144 ss. Nonostante nella relazione conclusiva ai lavori della dodicesima sessione della Conferenza dell'Aja, che ha adottato la Convenzione, si sia auspicato che il ricorso alle riserve si mantenesse nei limiti più stretti possibili per non intaccare gli scopi dell'accordo, gli Stati che ad oggi hanno ratificato la Convenzione, le hanno in misura più o meno ampia formulate. Si veda in argomento P. DE CESARI, *Le nuove convenzioni dell'Aja in materia di obbligazioni alimentari*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1983, pp. 49-50.

venzione del 1° febbraio 1971, sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere (15). Essa è caratterizzata dalla previsione di un procedimento particolare, relativo alla sua applicazione, che non ha, comunque, poi trovato successo nell'ambito della Conferenza. Si tratta di un sistema che rende possibili determinate deroghe al regime convenzionale, evitando l'utilizzo dello strumento unilaterale della riserva. La Convenzione, infatti, viene applicata mediante la conclusione di accordi complementari fra coppie di Stati contraenti, in seguito ai quali, la Convenzione base entrerà in vigore tra gli Stati parti a tali accordi. L'accordo complementare implica la possibilità di scegliere quegli Stati con i quali si desidera che la Convenzione entri in vigore e permette di derogare a disposizioni dell'accordo principale nei limiti stabiliti dalla Convenzione stessa. In questo modo la Convenzione viene articolata secondo i particolarismi dei diversi diritti in presenza. Questo tecnica, detta della bilateralizzazione (16), studiata ed adottata, in seno alla Conferenza, al fine di superare la grande diversità di concezioni giuridiche degli Stati rappresentati all'Aja, è stata utilizzata anche nella Convenzione sull'assunzione di prove all'estero in materia civile o commerciale del 18 marzo 1970 (17). Anzi, in tale accordo viene adottata una tecnica mista. La Convenzione (18), infatti, oltre a contenere la clausola generale di riserva, offre alle parti contraenti anche un'altra alternati-

---

(15) La Convenzione è entrata in vigore per Cipro e per i Paesi Bassi il 29 agosto 1979 e per il Portogallo il 20 agosto 1983. Ad oggi non è stata firmata ne ratificata da altri Stati.

(16) Decisamente contrario a questo sistema, in dottrina, T. TREVES, *Il meccanismo della bilateralizzazione e gli effetti obbligatori della Convenzione dell'Aja sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, p. 174 ss. Favorevole alla tecnica della bilateralizzazione P. JENARD, *Une technique originale: la bilatéralisation de conventions multilatérales*, in *Revue belge de droit international privé*, 1966, (II), p. 388 ss.

(17) La Convenzione è in vigore internazionale dal 7 ottobre 1972. Ad oggi lega trenta Stati. In Italia è in vigore dal 21 agosto 1982 ed è stata resa esecutiva con l. 24 ottobre 1980, n. 745, in *Gazz. Uff.*, n. 310, suppl. ord. del 12 novembre 1980, ove è pubblicato il testo italiano, che non fa fede. Il testo in lingua ufficiale (francese) è pubblicato in F. POCAR, T. TREVES, R. CLERICI, P. DE CESARI, F. TROMBETTA PANIGADI, *Codice delle convenzioni*, cit., p. 1450 ss.

(18) Si veda sulla tecnica adottata dalla Convenzione L. FUMAGALLI, *Problemi di conflitto tra la Convenzione dell'Aja del 18 marzo 1970 e leggi locali, il caso « Aerospaziale »*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1987, pp. 717 e 718.

va per modificare in senso restrittivo le obbligazioni convenzionali, vale a dire la possibilità di concludere accordi bilaterali facoltativi con finalità esclusivamente derogatorie. La formula utilizzata prevede: « La presente convenzione non si oppone a che gli Stati contraenti si accordino per derogare... » elencando di seguito sette possibili deroghe tutte relative ad aspetti di applicazione della regola unificata (art. 28).

Una proposta relativa all'adozione di una forma di bilateralizzazione è contenuta anche nel Progetto di Convenzione sulla competenza giudiziaria internazionale e sul riconoscimento ed esecuzione delle decisioni straniere, adottato dalla Commissione Speciale nell'ottobre del 1999 (19). Il progetto presenta infatti due alternative in relazione alla formulazione per il testo da adottare per l'art. 42 che riguarda la ratifica e la adesione alla Convenzione. Una delle due alternative prevede che la Convenzione, una volta entrata in vigore, produrrà i suoi effetti tra due Stati Contraenti quando i due Stati abbiano depositato una dichiarazione che confermi l'entrata in vigore tra di essi. Ogni Stato dovrà quindi far pervenire al depositario una copia delle sue dichiarazioni concernenti tutti gli altri Stati contraenti. La proposta è stata inclusa nel documento per facilitare la futura discussione sul testo delle clausole generali, ma non presenta ad oggi alcuna formulazione in merito alla possibilità di includere negli accordi bilaterali eventuali deroghe. Fino ad oggi non è stata presa alcuna decisione sull'inclusione di una disposizione relativa alla bilateralizzazione né su che estensione questa potrebbe avere. Un'eventuale adozione di una soluzione improntata a questa tecnica potrebbe rendere possibile la formulazione di determinate deroghe al trattato, costituendo, in questo modo, un mezzo alternativo a quello delle riserve, permettendo agli Stati contraenti non solo di scegliere i *partners* con i quali mettere in opera il regime previsto dalla Convenzione, ma di mettere anche in opera riserve nel caso in cui dovesse essere riconosciuta la

(19) Il testo del progetto di Convenzione, come rivisto nel giugno del 2001, si può leggere sul sito *web* della Conferenza al seguente indirizzo: *www.hcch.net./e/conventions.* Sulla procedura di negoziazione dell'accordo seguita dalla Commissione Speciale si veda A.T. VON MEHER, *La rédaction d'une convention universellement acceptable sur la compétence judiciaire internationale et les effets des jugements étrangers: le projet de la Conférence de La Haye peut-il aboutir?*, in *Rev. critique*, 2001, p. 85 ss.

possibilità di concordare eventuali esclusioni rispetto al contenuto del trattato.

Un altro esempio di questa tecnica è dato dalla Convenzione dell'Aja del 29 marzo 1993 sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale (20) che all'art. 39 par. 2 prevede « ogni Stato contraente potrà concludere con uno o più altri Stati contraenti accordi per favorire l'applicazione della Convenzione nei loro rapporti reciproci. Questi accordi possono derogare alle disposizioni degli artt. da 14 a 16 e da 18 a 21. Gli Stati che avranno concluso tali accordi ne trasmetteranno una copia al depositario della Convenzione ». Vengono in questo modo permesse determinate deroghe e viene in proposito previsto dalla Convenzione all'art. 25 che ogni Stato potrà dichiarare al depositario che non riconoscerà le adozioni fatte in conformità ad un accordo concluso in applicazione dell'art. 39, par. 2 (21).

Mentre quindi le esclusioni o le modifiche o le deroghe delle disposizioni di un trattato, nel caso delle riserve, trovano la loro origine in una dichiarazione unilaterale, che costituisce un elemento essenziale, nel caso della tecnica della bilateralizzazione esse trovano il loro fondamento in un accordo bilaterale complementare.

Non si può invece parlare di possibilità di apporre riserve mediante il sistema della bilateralizzazione con riferimento alla Convenzione del 19 ottobre 1996 concernente la competenza, la legge applicabile, il riconoscimento, l'esecuzione e la cooperazione in materia di responsabilità dei genitori e di misure di protezione dei minori (22), in quanto la possibilità di concludere accordi tra Stati contraenti, come prevista all'art. 32, non implica la scelta dei *partners*, né ammette la possibilità di deroghe.

Lo stesso dicasi per la Convenzione del 3 gennaio 2000 sul-

---

(20) La Convenzione è entrata in vigore internazionale il 1° maggio 1995 e per l'Italia il 1° maggio 2000. Ad oggi è in vigore per trentanove Stati. In Italia è stata resa esecutiva con l. 31 dicembre 1998, n. 476, in *Gazz. Uff.*, n. 8 del 12 gennaio 1999 ove è pubblicato il testo italiano, che non fa fede. Per il testo in lingua ufficiale (francese) si veda F. POCAR, T. TREVES, R. CLERICI, P. DE CESARI, F. TROMBETTA PANIGADI, *Codice delle convenzioni*, cit., p. 61 ss.

(21) L'Australia, la Francia ed il Venezuela hanno fatto tale dichiarazione cfr. *Codice delle convenzioni*, richiamato alla nota precedente, p. 2418 ss.

(22) Per i riferimenti sulla Convenzione si rimanda *supra* alla nota n. 7.

la protezione degli adulti (23) con riguardo alla possibilità di concludere accordi tra Stati contraenti, prevista all'art. 49.

Il relatore Pellet nel suo rapporto ha esaminato la tecnica della bilateralizzazione e, pur avendo escluso che essa possa essere assimilata alla tecnica delle riserve, ha riconosciuto che gli accordi complementari possono avere, in alcuni casi, come oggetto la formulazione di riserve o facoltà. Presentandosi questa eventualità, egli ritiene che si debba parlare di « riserve bilateralizzate » (24). Queste ultime sono state inserite dal relatore speciale tra le alternative alle riserve e alle dichiarazioni interpretative e indicate nel progetto di linee guida al punto 1.7.1.

6. Nell'ambito della conferenza dell'Aja, gli Stati hanno spesso utilizzato i termini riserva e dichiarazione senza badare al reale contenuto materiale e alla volontà manifestata. Non è infrequente che una dichiarazione mirante a modificare o a escludere determinati effetti di un trattato sia stata chiamata dichiarazione interpretativa anziché riserva o che, al contrario, una dichiarazione, tendente a chiarire lo scopo attribuito dal dichiarante al trattato o a certe disposizioni di esso, venga chiamata riserva anziché dichiarazione interpretativa. Occorre quindi non soffermarsi su un criterio nominalistico, bensì, cercare di comprendere il contenuto e gli effetti che la dichiarazione mira ad avere.

Alle riserve possono assimilarsi quelle dichiarazioni, che, pur essendo formalmente dirette a fissare criteri di interpretazione delle norme convenzionali o a chiarire determinate disposizioni o a precisare il contenuto di un articolo, sono in realtà dirette a produrre i medesimi effetti di una riserva (25).

---

(23) Per i riferimenti sulla Convenzione si rinvia *supra* alla nota n. 20.

(24) Cfr. per il commento *Official Records of the General Assembly*, *Fifty-third Session*, Supplement No. 10 (A/54/10), p. 232 ss.

(25) Nella prassi si rinvengono esempi significativi di dichiarazioni interpretative equivalenti a riserve. In proposito, in dottrina è stata fatta una distinzione tra dichiarazioni interpretative qualificate corrispondenti a vere e proprie riserve e mere dichiarazioni interpretative consistenti in mere proposte di interpretazione volte a salvaguardare una determinata posizione giuridica o una determinata prassi. Anche alcune convenzioni internazionali sembrano ammettere questa distinzione. Ne è un esempio l'art. 310 della Convenzione di Montego Bay che ammette dichiarazioni rispetto a disposizioni di una Convenzione che non consente riserve (art. 309). Si veda in proposito S. SAPIENZA, *Dichiarazioni interpretative*

Al riguardo possiamo richiamare ad esempio l'art. 23 della Convenzione del 18 marzo 1970 sull'assunzione di prove all'estero in materia civile o commerciale. Tale norma prevede che ogni Stato, al momento della firma della ratifica o dell'adesione, può dichiarare di non eseguire le rogatorie che abbiano per oggetto la procedura, conosciuta nei Paesi di *common law*, sotto il nome di « pre-trial discovery of documents ». Anche se il testo della Convenzione sembra distinguere tale dichiarazione dalle riserve, appare invece evidente che la stessa in realtà è diretta a produrre i medesimi effetti di una riserva (26).

Il relatore Pellet, nella sua guida per la pratica distingue tra dichiarazioni interpretative e dichiarazioni unilaterali diverse dalle riserve e dalle dichiarazioni interpretative, definisce una dichiarazione interpretativa come: « una dichiarazione unilaterale, quale che sia il suo contenuto o denominazione, fatta da uno Stato o da un'organizzazione internazionale, tramite la quale questo Stato o organizzazione si impegna a chiarire il significato o lo scopo attribuito dal dichiarante al trattato o ad alcune delle sue disposizioni » (27). Per le dichiarazioni diverse dalle dichiarazioni interpretative, il Relatore fa riferimento a quelle con le quali uno Stato assume obbligazioni che vanno oltre lo scopo del trattato o propone di modificare il contenuto del trattato o dichiara che la sua partecipazione non implica il riconoscimento di un determinato soggetto oppure per mezzo delle quali lo Stato sceglie tra due o più previsioni del trattato. Pellet ritiene che

---

unilaterali e trattati internazionali, Milano, 1996; ID., *Les déclarations intreprétatives unilatérales dans la pratique conventionelle*, in *Rev. gen. droit int. public*, 1999, p. 601 ss.; L.D.M. NELSON, *Declarations, Statements and « Designed Reservations » with respect to the Convention on the Law of the Sea*, in *ICLQ*, 2001, p. 767 ss. Nella prassi si rimanda ai casi *Temetasch c. Svizzera*, in *Decisions and Reports*, vol. 31, April 1983, p. 120 ss. e *Belilos c. Svizzera*, in *Serie A*, vol. 132.

(26) Anche l'Italia ha fatto la dichiarazione di cui all'art. 23 e va notato come in giurisprudenza tale dichiarazione sia stata qualificata quale riserva. Richiamiamo in proposito l'ordinanza della Corte d'appello di Brescia del 28 novembre 1991, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, pp. 397-400 nella quale si legge « Dal deposito della riserva italiana *ex* art. 23 della Convenzione dell'Aja del 18 marzo 1970 sull'assunzione di prove all'estero — relativa alla *pre-trial discovery of documents* — non consegue che siano inibite anche procedure diverse, relative alla ricerca dei documenti ».

(27) Si veda il terzo rapporto del Relatore speciale, *Third Report on Reservations to Treaties* A/CN.4/491/Add. 4, par. 361.

tutti questi tipi di dichiarazioni unilaterali non rientrino nei fini delle linee guida.

Analizzando le dichiarazioni apposte alle convenzioni dell'Aja si può dedurre che numerose sono anche quelle che riguardano l'estensione dell'applicazione territoriale delle convenzioni. Possiamo richiamare in proposito quanto prevede la recente Convenzione sulla protezione internazionale degli adulti all'art. 52: « 1) Uno Stato che comprende due o più unità territoriali, nelle quali due sistemi giuridici diversi si applichino alle materie disciplinate dalla Convenzione, può, al momento della firma, della ratifica, dell'accettazione, dell'approvazione, dell'adesione, dichiarare che la Convenzione si applicherà a tutte le sue unità territoriali o solamente ad una o ad alcune di esse e potrà in qualsiasi momento modificare detta dichiarazione facendone una nuova. 2) Tali dichiarazioni saranno notificate al depositario ed indicheranno espressamente le unità territoriali alle quali la Convenzione si applica. 3) Se uno Stato non fa la dichiarazione ai sensi del presente articolo la Convenzione si applicherà all'insieme del territorio di detto Stato ».

Nelle convenzioni dell'Aja la possibilità di dichiarazioni relative all'ambito di applicazione territoriale è prevista da una norma distinta da quella che ammette le riserve. Tali dichiarazioni, tuttavia, vanno considerate come vere e proprie riserve, quando sono in realtà dirette a produrre i medesimi effetti di una riserva, anche se si tratta di riserve diverse da quelle che si prestano a reciprocità (28). D'altronde anche il relatore Pellet, nella sua proposta di guida pratica, definisce questo tipo di dichiarazione come una vera e propria riserva (29).

7. Diverse convenzioni adottate nell'ambito della Conferenza prevedono per gli Stati la possibilità di avvalersi di determinate facoltà indicate nel testo del trattato. Secondo il *Bureau* della Conferenza, le facoltà si distinguono dalle riserve per la loro natura e per il loro regime giuridico, mentre infatti per riserva

---

(28) Si veda in tal senso F. MAJOROS, *Le régime de reciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les Conventions de La Haye*, in *Journal de droit international*, 1974, p. 90.

(29) Si veda per il commento *Official Records of the General Assembly*, *Fifty-third Session*, Supplement No. 10 (A/54/10), pp. 206-209.

si deve intendere una clausola che consente di non applicare la convenzione con riferimento ad un punto specifico, per facoltà si deve intendere una clausola che permette di modificare certe disposizioni entro i limiti stabiliti dal trattato. Una facoltà può riferirsi anche a precisazioni terminologiche ritenute necessarie per quanto riguarda l'applicazione nel diritto interno degli Stati rispetto ad istituti e categorie di cui alla convenzione (30).

Delle facoltà si può far uso anche dopo la ratifica, l'adesione o l'accettazione o l'approvazione, poiché esse consentono una modifica del contenuto convenzionale, pur restando completamente nell'ambito del trattato. La sola condizione richiesta è che la facoltà venga comunicata al depositario. Allo scopo di permettere, infatti, che gli Stati parte siano informati delle facoltà che gli altri Stati hanno utilizzato, una norma della convenzione obbliga lo Stato che ne vuole fare uso a notificare la facoltà al depositario, che provvede a darne comunicazione alle altre parti contraenti.

In dottrina, è stato sostenuto che le facoltà costituiscono mezzi meno radicali delle riserve, finalizzati a modulare le convenzioni secondo le necessità particolari degli Stati contraenti (31).

La possibilità di avvalersi delle facoltà anche dopo la manifestazione del consenso ad obbligarsi, risulta chiara anche dalle disposizioni stesse delle convenzioni. È il caso dell'art. 38 della Convenzione dell'Aja del 2 ottobre 1973 sull'amministrazione internazionale delle successioni (32) che prevede « Ogni Stato

---

(30) Cfr. *Note sur les réserves*, cit., p. 103.

(31) Cfr. in questo senso: M.H. VAN HOOSTRATEN, *La codification*, cit., p. 398; G.A.L. DROZ, *Les réserves et les facultés*, cit., p. 383 e F.J. QUEL LOPEZ, *Las reservas en los convenios*, cit., p. 126. C. CAMPIGLIO, *Il principio di reciprocità nel diritto dei trattati*, Padova, 1995, p. 209 nega invece l'esistenza autonoma delle facoltà come tipo specifico di disposizioni, distinte dalle riserve, in quanto le facoltà costituirebbero solo un gruppo vario di norme che accordano opzioni diverse agli Stati. Secondo l'Autrice le due nozioni di riserva e di facoltà non si possono contrapporre, poiché si pongono su piani diversi. Le facoltà altro non sarebbero che una modalità della norma convenzionale e si opporrebbero solo alla norma obbligatoria: il loro oggetto non è predeterminato e può essere oggetto di dichiarazioni interpretative o di vere e proprie riserve anche estensive.

(32) La Convenzione è in vigore internazionale dal 1° luglio 1993 per Repubblica Ceca, Repubblica Slovacca e Portogallo. L'Italia, pur avendo emanato la l. 24 ottobre 1980, n. 745, non ha depositato la ratifica. Il testo italiano, che non fa

contraente che desideri avvalersi di una o più facoltà previste agli artt. ... le notificherà al Ministero degli affari esteri dei Paesi Bassi sia al momento del deposito del suo strumento di ratifica, di accettazione, di approvazione o di adesione o successivamente ».

La stessa Convenzione ci offre all'art. 4 un esempio di quello che il *Bureau Permanent* intende per facoltà. All'art. 4 invero è previsto che « Ogni Stato contraente ha la facoltà di dichiarare che, per designare il titolare del certificato ed indicarne i poteri, applicherà in deroga all'art. 3, la propria legge interna o quella dello Stato di cui il defunto era cittadino secondo la scelta fatta da quest'ultimo ». La facoltà in questo modo conferisce agli Stati la possibilità di dare al trattato un contenuto alternativo, pur restando nell'ambito della Convenzione.

La possibilità di effettuare questo genere di dichiarazioni può avere come rischio quello che si verifichino abusi, come nel caso in cui uno Stato si serva di una facoltà per mascherare in realtà una riserva tardiva, considerato che il confine tra i due istituti non è affatto chiaro.

Non è facile, infatti, distinguere le facoltà dalle riserve, anche se si possono rilevare alcune differenze. Il loro regime è considerato diverso, almeno per quanto riguarda gli effetti. L'uso delle facoltà, infatti, sembra non essere compatibile con la reciprocità (33). Uno Stato che, ai sensi dell'art. 18 della convenzione sull'assunzione di prove all'estero, faccia uso della facoltà che gli permette di accettare senza alcuna limitazione che i consoli o i diplomatici di un altro Stato procedano ad inchieste sul suo territorio, non potrà esigere che gli altri Stati facciano altrettanto.

Un'ulteriore differenza consiste nella non necessità della forma scritta, che è invece richiesta per le riserve. Inoltre, mentre le riserve devono essere formulate al momento della firma o con lo strumento attraverso il quale lo Stato esprime la manifestazione del consenso ad obbligarsi al trattato, le facoltà si possono manifestare attraverso una semplice dichiarazione dello

---

fede, è pubblicato in allegato alla citata legge di esecuzione in *Gazz. Uff.*, n. 310, suppl. del 12 novembre 1980. Il testo ufficiale, in lingua francese, è pubblicato in F. POCAR, T. TREVES, R. CLERICI, P. DE CESARI, F. TROMBETTA PANIGADI, *Codice delle convenzioni*, p. 408 ss.

(33) Cfr. G.A.L. DROZ, *Les réserves et les facultés*, cit., p. 415.

Stato, consentita, come abbiamo già detto, anche dopo la ratifica o l'adesione (34).

L'esercizio delle facoltà può concretarsi anche attraverso la stipulazione di accordi bilaterali tra gli Stati in modo che la facoltà possa produrre effetti con uno o più Stati parte. Un esempio di questa ultima possibilità è dato da quanto è previsto all'art. 36 della Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori del 25 ottobre 1980 (35) che dispone che nulla nella Convenzione impedisce che due o più Stati contraenti, al fine di limitare le restrizioni alle quali può essere soggetto il ritorno del minore, possono convenire tra di loro di derogare a quelle disposizioni che implichino tali restrizioni.

La distinzione tra riserve e facoltà è ancora più incerta, quando le facoltà mirino a restringere l'ambito di applicazione delle norme convenzionali ponendo determinati requisiti affinché la disposizione possa essere resa operativa nello Stato che esercita la facoltà. È il caso dell'art. 23 della Convenzione sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni rese all'estero in materia civile e commerciale del 1° febbraio 1971 (36), che prevede che gli Stati contraenti hanno la possibilità di escludere reciprocamente, con l'accordo complementare, il riconoscimento di decisioni rese in seguito a procedimenti penali, nonché di non applicare la *cautio iudicatum solvi* ed il beneficio del gratuito patrocinio.

Un altro esempio di questo tipo di facoltà è rappresentato dagli artt. da 15 a 19 della Convenzione sull'assunzione di prove all'estero in materia civile e commerciale del 18 marzo 1970. L'art. 19 dispone, infatti, che l'Autorità competente, accordando le autorizzazioni previste dagli artt. da 15 a 18, può determinare le condizioni che giudica opportune per la data, l'ora ed il luogo per l'atto istruttorio.

---

(34) Si veda la *Note sur les réserves*, cit., p. 102.

(35) La Convenzione è entrata in vigore internazionale dal 1° dicembre 1983 e per l'Italia dal 1° maggio 1995. Ad oggi è in vigore per sessantuno Stati. In Italia è stata resa esecutiva con l. 15 gennaio 1994, n. 64, in *Gazz. Uff.*, n. 23, suppl. ord. del 29 gennaio 1994 che riporta il testo italiano che non fa fede. Il testo in lingua ufficiale, francese, è pubblicato in F. POCAR, T. TREVES, R. CLERICI, P. DE CESARI, F. TROMBETTA PANIGADI, *Codice delle convenzioni*, cit., p. 172 ss.

(36) Per le indicazioni relative alle firme, ratifiche ed adesioni, si veda *supra*, nota n. 13.

In ogni caso neppure i testi delle convenzioni sono chiari in materia di facoltà in quanto utilizzano definizioni che appaiono improprie. Vi sono infatti casi in cui disposizioni, che sembrano prevedere facoltà, parlano invece di riserve e viceversa.

È quanto si verifica all'art. 9 della Convenzione sui conflitti di leggi in materia di forma delle disposizioni testamentarie del 5 ottobre 1961 (37), ai sensi del quale ogni Stato contraente, in deroga a quanto previsto dall'art. 1, par. 3, « peut se réserver » il diritto di determinare, in base alla legge del foro, il luogo in cui il testatore aveva il suo domicilio. Sembra quindi farsi riferimento ad una riserva quando invece pare trattarsi di una facoltà.

Anche quanto previsto dall'art. 15 della Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari del 1973 potrebbe essere considerato come una facoltà, anche se nel testo del trattato si parla di riserva. Tale disposizione prevede che ogni Stato contraente possa fare una riserva in base alla quale le sue autorità applicheranno la *lex fori*, quando il debitore ed il creditore di alimenti abbiano la nazionalità di detto Stato ed il debitore vi risieda abitualmente (38).

8. Gli effetti delle riserve si esplicano in primo luogo nei confronti degli Stati autori. Mediante le riserve, gli Stati possono produrre l'effetto di restringere il campo d'applicazione materiale o soggettivo della convenzione, fino all'esclusione di una o più disposizioni dell'accordo o alla non applicazione per determinati soggetti, oppure manifestare la volontà di accettare le disposizioni con modalità restrittive o con limiti di ordine temporale o territoriale.

Le riserve, tuttavia, possono avere indirettamente anche effetti positivi (39) per lo Stato autore, quando esse abbiano la

---

(37) Per il testo si veda *Recueil des Conventions de La Haye, Bureau Permanent de la Conférence*, 1970, p. 48 ss. La Convenzione è in vigore internazionale dal 5 gennaio 1964. Ad oggi è in vigore per trentasei Stati, ma non per l'Italia, da cui è stata solo firmata in data 15 dicembre 1961.

(38) È stato affermato che si tratti di una facoltà camuffata da riserva, cfr. F.J. QUEL LOPEZ, *Las reservas en los convenios de La Haya*, cit., p. 126. La riserva prevista all'art. 15 è stata formulata dall'Italia e dagli altri Stati parte della Convenzione.

(39) Gli effetti positivi delle riserve alle convenzioni dell'Aja sono stati

funzione di precisare e definire meglio il campo di applicazione della convenzione o di chiarire la portata di alcune nozioni, come, per esempio, quella di ordine pubblico, così importante per le materie oggetto degli accordi conclusi nell'ambito della Conferenza dell'Aja.

Con riferimento al contenuto materiale delle disposizioni, mediante le riserve limitative o di esclusione, poste alla convenzioni dell'Aja, lo Stato riservante può far sì che non rimangano comprese nel campo di applicazione del trattato determinate materie, le quali, resteranno, in questo modo, disciplinate dal diritto internazionale privato e processuale nazionale.

Numerose sono le riserve di questo genere ed esse hanno come scopo quello di adattare i testi delle convenzioni alle concezioni proprie degli ordinamenti giuridici dei singoli Stati. Una riserva di tale natura è quella che gli Stati, parte della Convenzione sui conflitti di legge in materia di forma delle disposizioni testamentarie del 5 ottobre 1961, possono formulare in base all'art. 12 della Convenzione stessa. Tale disposizione consente agli Stati riservanti di non applicare la Convenzione alle disposizioni contenute in un testamento che secondo il loro diritto non abbiano carattere successorio. L'art. 13 consente un'altra riserva della stessa valenza, permettendo agli Stati di escludere dal campo di applicazione convenzionale le disposizioni testamentarie anteriori alla sua entrata in vigore. Si tratta quindi di riserve ad esclusione determinata, in quanto indicano con precisione la materia che può essere sottratta dall'ambito di applicazione della convenzione.

L'esclusione di determinate disposizioni, oltre che interessare la disciplina materiale, può interessare anche le persone, determinando ulteriori ragioni di diversificazione della disciplina convenzionale.

Gli artt. 13 e 14 della Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari del 2 ottobre 1973 (40) prevedono la

---

messi in evidenza da G.A.L. DROZ, *Les réserves et les facultés*, cit., pp. 407-409 e da P. MULLER, *Die Vorbehalte in Ubereinkommen zur Privaterechtsvereinheitlichung*, Tübinghen, 1979, p. 70.

(40) Per indicazioni sulla Convenzione si rinvia *supra* alla nota 12. A norma dell'art. 14 gli Stati possono riservarsi di non applicare la Convenzione alle obbligazioni alimentari 1) tra collaterali, 2) tra affini, 3) tra coniugi divorziati, separa-

possibilità di applicare la convenzione esclusivamente a determinati soggetti. Queste riserve purtroppo hanno comportato una eccessiva frammentazione nella determinazione delle soluzioni dei conflitti di legge relativi alle obbligazioni alimentari tra familiari previste negli ordinamenti degli Stati contraenti, sminuendo l'importanza della Convenzione stessa.

L'analisi delle principali riserve relative alle convenzioni dell'Aja mostra che, per quanto riguarda lo Stato che ha apposto una riserva, l'effetto che ne deriva è quello previsto dall'art. 21, par. 1 *a*) della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati: nei rapporti con le altre parti, la riserva modifica per lo Stato autore le disposizioni del trattato cui la riserva si riferisce, nella misura prevista dalla riserva medesima.

Anche nell'ambito delle convenzioni dell'Aja, una riserva, che si supponga essere ammessa e valida, solleva dal punto di vista degli effetti che essa produce nei confronti degli altri Stati parte della convenzione cui è posta, il problema della reciprocità (41). Alcune riserve previste dalle convenzioni dell'Aja contengono una clausola espressa di reciprocità, altre invece non la menzionano affatto e pongono quindi il problema della possibilità logica e pratica di farla valere.

Come è previsto dall'art. 21 par. 1 *b*) della Convenzione di Vienna del 1969, questo effetto consiste nel fatto che l'apposizione di una riserva non comporta solo una modifica o un'esclusione di determinate disposizioni convenzionali nei confronti dello Stato riservante, ma modifica nella stessa misura le disposizioni riservate nei confronti degli altri Stati contraenti. Il prodursi di effetti reciproci mirerebbe dunque a riequilibrare gli obblighi convenzionali che uno Stato abbia unilateralmente alte-

---

ti legalmente, o il cui matrimonio è stato dichiarato nullo oppure annullato, quando la decisione di divorzio, di separazione, di nullità o di annullamento del matrimonio sia stata resa in contumacia in uno Stato nel quale l'inadempiente non aveva la sua residenza abituale. Riserve, a norma dell'art. 14, sono state apposte dal Lussemburgo, Polonia, Portogallo, Svizzera e Turchia. Per il testo delle riserve si veda F. POCAR, T. TREVES, R. CLERICI, P. DE CESARI, F. TROMBETTA PANIGADI, *Codice delle convenzioni*, cit., p. 2260 ss.

(41) Sull'effetto di reciprocità delle riserve si veda: E. DECAUX, *La réciprocité en droit international*, Paris, 1980, p. 63 ss.; P.H. IMBERT, *Les réserves*, cit., p. 250 ss.; F. MAJOROS, *Le régime de réciprocité*, cit., p. 73 ss.; C. CAMPIGLIO, *Il principio di reciprocità*, cit.; R. BARATTA, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, cit., p. 187 ss.

rato mediante la formulazione di una o più riserve. Lo Stato che ha formulato la riserva, oltre a non essere vincolato dalla disposizione oggetto della riserva, non può esigere il rispetto di tale disposizione dalle altre parti che abbiano accettato espressamente o mediante un comportamento concludente la riserva stessa. Queste ultime non sono obbligate ad applicare la disposizione oggetto della riserva in ugual misura nei suoi confronti. La riserva non modifica invece le disposizioni del trattato per le altre parti nei loro rapporti *inter se*.

La regola della reciprocità delle riserve non è però assoluta e può risultare esclusa, sia in virtù della natura della convenzione, alla quale la riserva in questione è stata posta, sia in virtù della natura della riserva stessa.

Rispetto a determinate convenzioni, la reciprocità è assente perché si tratta di convenzioni che non si basano su un mutuo scambio di vantaggi tra le parti contraenti. Si possono includere tra tali convenzioni proprio alcune convenzioni stipulate nell'ambito della Conferenza dell'Aja, oltre alle convenzioni relative ai diritti umani e ad alcune convenzioni adottate dal Consiglio d'Europa.

Con riferimento in particolare alle riserve poste alle convenzioni dell'Aja, gran parte della dottrina è orientata nel senso di negare l'effetto di reciprocità delle riserve poste ai trattati cosiddetti *erga omnes*, vale a dire a quelle convenzioni che hanno una portata universale, nel senso che la legge applicabile da esse designata si applica anche quando sia la legge di uno Stato non contraente (42). Non si può non condividere questa posizione

---

(42) Ritengono che l'effetto della reciprocità non si produca nelle convenzioni di diritto internazionale privato G.A.L. DROZ, *Les réserves et les facultés*, cit., pp. 400-402; F.J. QUEL LOPEZ, *Las reservas en los convenios de La Haya*, cit., p. 119 ss.; R. BARATTA, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, cit., p. 277 ss.; N. BOSCHIERO, *La nuova Convenzione dell'Aja sulla legge applicabile alla vendita internazionale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, pp. 529-532; ID., *Il coordinamento delle norme in materia di vendita internazionale*, Padova, 1990, p. 279 ss., la quale sostiene che la prassi della Conferenza dell'Aja dimostra che quando gli Stati hanno voluto un effetto reciproco delle riserve ammesse nelle convenzioni ne è stato fatto espressamente menzione nel testo dell'accordo precisandone l'estensione ed i limiti; P. LAGARDE, *La reciprocité en droit international privé*, in *Recueil des Cours*, t. 154, 1987, I, pp. 184-185; H. VAN HOUTTE, *La reciprocité dans les Conventions de La Haye*, in *Revue belge de droit int.*, 1997, pp. 491-503. In senso favorevole alla reciprocità

considerato che, con riferimento a queste convenzioni, l'effetto di reciprocità determinerebbe una moltiplicazione delle riserve compromettendo lo scopo di questi accordi che è quello di creare una disciplina generale ed uniforme di diritto internazionale privato.

La reciprocità, tuttavia, può essere anche esclusa in virtù della natura delle riserve stesse. Possiamo in tal senso richiamare le riserve che hanno come oggetto quello di ridurre l'ambito geografico di una convenzione.

9. Risulta di particolare interesse esaminare gli effetti delle riserve poste alle convenzioni dell'Aja con riferimento agli Stati di recente indipendenza. Occorre infatti vedere, quando si sia verificato un fenomeno di successione di un soggetto ad un altro in un trattato, quale sia l'efficacia in capo al successore di una riserva apposta dal predecessore (43).

È noto che la Convenzione di Vienna del 1978 sulla successione di Stati in materia di trattati (44), presenta lacune anche in relazione al problema delle riserve, come ha evidenziato il relatore Pellet (45). La Convenzione prevede che in materia di trat-

---

delle riserve relative a convenzioni *erga omnes* F. MAJOROS, *Le régime de reciprocité*, cit., p. 90 ss. il quale ritiene che l'art 21, par. 1, lett. *b)* abbia la natura di norma imperativa e preveda pertanto la reciprocità in modo incondizionato e senza eccezioni. Non sembra escludere l'effetto di reciprocità delle riserve relative all'art. 7, par. 1, della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali T. TREVES, *Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 giugno*, in *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, a cura di T. TREVES, Padova, 1983, pp. 42 e 44.

(43) In merito a questo problema si veda G. GAJA, *Reservations to Treaties and the Newly Indipendent States*, in *Italian Yearbook of International Law*, 1975, p. 52 s.; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 1999, p. 109 ss.; R. BARATTA, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, cit., p. 72 ss.; con particolare riferimento alle Convenzioni dell'Aja, A. BOS, *Quelques cas récents de succession d'Etats en matière de traités conclus dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé*, in *E pluribus unum. Liber amicorum Georges Droz. Sur l'unification progressive du droit international privé*, 1996, p. 30 ss.

(44) La Convenzione è entrata in vigore internazionale il 6 novembre 1996 essendo stato raggiunto solo in tale data il numero di quindici Stati ratificanti, condizione richiesta per la sua entrata in vigore. Per il testo si veda *ILM*, 1978, p. 1488 ss.

(45) A. PELLET, *First Report*, cit., p. 61 s.

tati non localizzabili il principio della *tabula rasa* costituisca la regola fondamentale, mentre per i trattati localizzabili varrebbe il principio della continuità, in base al quale le situazioni soggettive del predecessore si trasmettono al successore (art. 12) con la conseguenza che alle riserve del primo subentri automaticamente il secondo. Tuttavia rispetto al principio della *tabula rasa*, applicabile ai trattati non localizzabili, la Convenzione opera una distinzione tra Stati sorti dal processo di decolonizzazione e Stati sorti in seguito ad altri fenomeni come il fenomeno dell'unificazione o della separazione. La regola della *tabula rasa* è applicabile solo ai primi, mentre per le nuove entità, emerse in seguito a fenomeni diversi, occorre riferirsi, in base alla Convenzione, alla regola della continuità. Ci si troverebbe pertanto di fronte ad un fenomeno meno favorevole per i soggetti nati a seguito di processi diversi dalla decolonizzazione per i quali varrebbe il principio della continuità con la conseguenza del subentro automatico anche nelle riserve.

In realtà la prassi seguita dagli Stati, e ciò vale anche con riguardo alle convenzioni dell'Aja, si presenta con caratteri diversi. La notificazione di successione, da strumento di adesione ai trattati, riservato agli Stati di nuova indipendenza, nati dalla decolonizzazione, è stato largamente utilizzato anche da Stati nati da fenomeni diversi i quali hanno notificato ai depositari le loro dichiarazioni di successione. L'esame di questa nuova prassi confermerebbe la regola per la quale sarebbe consentito ai nuovi Stati di apporre anche riserve non formulate dal predecessore.

Elementi di novità, in materia di notificazione di successione, presenta il comportamento dei nuovi Stati sorti nell'Europa centro-orientale e nell'Asia *ex* sovietica (46). Tale comportamento, che non è stato oggetto di contestazione o di obiezioni, sembrerebbe presupporre l'assenza di una norma generale sulla successione in quanto alcuni di questi Stati hanno aderito ai trattati stipulati dai predecessori, depositando strumenti di ratifica o di adesione.

Non esistono elementi specifici che indichino in modo preciso il significato che gli Stati attribuiscono alla scelta tra notifi-

---

(46) Per un esame della prassi in materia si veda L. SBOLCI, *La partecipazione degli Stati ai trattati multilaterali mediante notificazione di successione*, in *Riv. dir. int.*, 1996, p. 649 ss.

cazione di successione e adesione. Gli Stati, in sostanza, sarebbero liberi di scegliere lo strumento che ritengono più adeguato a seconda di quali effetti vogliano da esso far derivare.

Anche con riferimento alle convenzioni dell'Aja, i nuovi Stati hanno fatto ricorso sia allo strumento della notificazione di successione che all'adesione. Ora, spesso gli Stati predecessori avevano formulato riserve a dette convenzioni ed è pertanto opportuno verificare quale sia stata la sorte di tali riserve.

Quando i nuovi Stati hanno proceduto alla notificazione di successione, come abbiamo detto, secondo l'opinione prevalente, si ritiene che essi siano vincolati alla convenzione con riferimento al proprio territorio come lo era stato lo Stato predecessore. È tuttavia interessante notare come i nuovi Stati si ritengano liberi, anche in qualità di successori, di non mantenere integralmente in vigore le convenzioni delle quali lo Stato predecessore era parte. La Macedonia, per esempio, che ha comunicato al depositario di essere uno degli Stati successori della Yugoslavia, nell'elenco delle convenzioni dell'Aja mantenute in vigore, non ha riportato la Convenzione concernente la procedura civile del 1954; la Bosnia Herzegovina non ha fatto menzione della Convenzione sulla legge applicabile alla responsabilità da prodotto, la Slovenia non fa riferimento alla Convenzione sulla protezione dei minori del 1961.

Sempre nell'ambito degli Stati parte della Conferenza dell'Aja si possono rilevare casi in cui gli Stati nuovi hanno dichiarato in modo espresso di considerarsi vincolati a determinate convenzioni stipulate dallo Stato predecessore, comprese le relative riserve e dichiarazioni. La Repubblica Ceca e la Repubblica Slovacca, con riferimento alla Convenzione dell'Aja del 1973 sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni relative alle obbligazioni alimentari, hanno dichiarato di considerarsi vincolate dalla Convenzione, comprese le riserve e le dichiarazioni fatte dalla Cecoslovacchia a partire dal 1° gennaio 1993, data dello smembramento di tale Stato (47). Si tratta quindi del caso di due Stati, nati da un fenomeno di separazione che hanno utilizzato la

(47) Si veda per il testo delle dichiarazioni F. POCAR, T. TREVES, R. CLERICI, P. DE CESARI, F. TROMBETTA PANIGADI, *Codice delle convenzioni*, cit., p. 2257 e per il testo della Convenzione p. 138 ss. La Convenzione è attualmente in vigore per diciotto Stati. Per l'Italia è in vigore dal 1° gennaio 1982.

dichiarazione di successione. Altri Stati, al momento della notificazione di successione, hanno altresì contestualmente formulato proprie riserve. Per esempio lo Swaziland, Stato divenuto indipendente dalla Gran Bretagna, a proposito della Convenzione sui conflitti di legge in materia di disposizioni testamentarie del 5 ottobre 1961, contestualmente alla propria notificazione di successione, ha posto la riserva di cui all'art. 9, in base alla quale ogni Stato può riservarsi il diritto di determinare, in conformità alla legge del foro, il luogo in cui il testatore aveva il suo domicilio. Il governo della Repubblica popolare della Cina ha posto la riserva di cui all'art. 9 con riferimento alla Regione Amministrativa Speciale di Hong Kong, dal 1° luglio 1997, momento in cui la Cina ha ripreso l'esercizio della sua sovranità su tale zona (48). Tonga, anch'esso *ex* territorio britannico, all'atto della notificazione di successione ha posto la riserva di cui all'art. 10 dichiarando di non riconoscere le disposizioni testamentarie poste in essere in forma orale al di fuori di circostanze eccezionali, da uno dei propri cittadini che non abbia alcuna altra nazionalità.

Un'altra convenzione con riferimento alla quale i nuovi Stati hanno posto riserve proprie è la Convenzione sugli aspetti civili della sottrazione internazionale dei minori del 25 ottobre 1980. La Bielorussia, dichiaratasi Stato successore dell'*ex* Unione Sovietica, ha posto una propria riserva all'art. 26, par. 3 in relazione alle spese da sostenersi da parte dell'Autorità centrale, alle spese processuali ed ai costi legati alle operazioni di ritorno del minore. Anche Saint Kitts e Nevis, territorio divenuto indipendente dal Regno Unito nel 1983, che non ha però formulato alcuna notificazione di successione, ha posto uguale riserva all'art. 26, par. 3 (49).

---

(48) Con riferimento ad Hong Kong, a seguito del passaggio di sovranità dal Regno Unito alla Cina, avvenuto il 1° luglio 1997, ed in base all'art. XI alla *Joint Declaration* sulla questione di Hong Kong, firmata dai governi dei due Stati il 19 dicembre 1984, la Cina si riserva di decidere sull'estensione ad Hong Kong dei trattati di cui essa è o sarà parte contraente. Sui problemi della successione ai trattati con riferimento ad Hong Kong si veda R. MUSHKAT, *Hong Kong and succession of treaties*, in *ICLQ*, 1997, p. 182 ss.

(49) Per il testo delle dichiarazioni a tale Convenzione, si veda F. POCAR, T. TREVES, R. CLERICI, P. DE CESARI, F. TROMBETTA PANIGADI, *Codice delle convenzioni*, cit., p. 2337 ss.

II.

THE REGIME OF TECHNICAL-NAUTICAL SERVICES (PILOTAGE, TOWAGE, MOORINGMEN) UNDER EUROPEAN LAW

BY

SERGIO M. CARBONE

Professor of international law and maritime law, University of Genoa

FRANCESCO MUNARI

Professor of international law and EC law, University of Genoa

CONTENTS: 1. Introductory remarks. — 2. A starting point: the special features of technical-nautical services *vis-à-vis* other port services. — 3. The holdings of the ECJ in *Corsica Ferries v. Ormeggiatori*. — 4. Roles and "public" choices of the Member States in shaping their markets for technical-nautical services as a service of general interest and the flaws of the Proposed Directive. — 5. Room for Member States to set subjective criteria for market access. — 6. Objective criteria for market access and principles of Community law. — 7. "Ideology" vs. economic assessment in shaping market access for technical-nautical services. — 8. Economic reasons advocating sound monopoly regulation for technical-nautical services. — 9. Self-handling of technical-nautical services. — 10. Ways to avoid undesired effects from monopoly models: selection of providers for technical-nautical services and tariff control.

1. In an article we had written some time ago (1), we attempted to shed some light in the delicate balance between the issue of liberalising and opening to competition markets for port services and the safeguard of safety standards in the port sector.

At that time, it was already clear that the legal framework which for decades had governed ports within the EC Member States had to undergo a profound restructuring in order to cope with Community law. Particularly important had become the need to enforce competition rules in the port sector, especially the principles set out in article 86 EC Treaty (then article 90); however, a significant roles was also to be attributed to the freedom to provide services, especially within a European port environment where intra-community and international trade was exploding.

As it often happens, the lack of Community legislation had given way for the ECJ to develop its case-law and establish principles that were to condition national and Community legislators to a substantial extent (2).

---

(1) CARBONE-MUNARI, *Port services ancillary to navigation between market and safety requirements, Lloyd's Mar. & Comm. Ql'y*, 1996, 67.

(2) Reference is made to the landmark Case no. C-179/90, *Siderurgica Ga-*

The process that we had registered some years ago entered a frenetic pace of development in the latest years: the Commission adopted important decisions applying article 86.3 to Italian measures on port labour and pilotage tariffs (3) and published its Green Paper on ports and maritime infrastructures (4). The ECJ further developed and specified its case-law on port services (including technical-nautical services) with a series of judgments that have improved clarity on many of the debated matters and questions that had been raised by scholars, among which those we had expressed in our paper of 1996 (5).

From the point of view of the legislation relevant to our matters, a remarkable step had been taken with the adoption of Directive no. 96/67/EC (6) on access to the ground-handling market at Community airports (7). Most recently, and quite importantly, on February 13, 2001, a Proposal by the Commission for a Directive of the European Parliament and of the Council on Market Access to port Services has been adopted (8).

The opportunity seems therefore particularly suitable for providing fresh thoughts on the present and prospected regime for technical-nautical services.

---

brielli v. Merci Convenzionali Porto di Genova [1991], ECR, I-5883; but also to Case no. C-18/93, *Corsica Ferries v. Corporazione dei Piloti del porto di Genova* [1994], ECR, I-1783.

(3) See O.J. no. L 301/97.

(4) Hereinafter referred to as the Green Paper. For a short comment on the Green Paper's approach with respect to the technical-nautical services see CARBONE-MUNARI, *Safety of Navigation and Efficiency in Port from the View-Point of the Technical-Nautical Services Ancillary to Navigation: Remarks on the European Commission Green Paper on Ports and Maritime Infrastructures*, *Dir. Mar.*, 1998, 902.

(5) The following opinions are worth remembering: Case no. C-343/95, *Diego Cali* [1997], ECR, I-1547; Case no. C-163/96, *Silvano Raso* [1998], ECR, I-570; Case no. C-266/96, *Corsica Ferries c. Gruppo Antichi Ormeggiatori del porto di Genova e a.* [1998], ECR, I-3981; Case no. C-22/98, *Becu et al.* [1999], ECR, I-5665.

(6) O.J. no. L 272/96.

(7) For a comment on it, and for further reference, see KARLSSON-CALLAGHAN, *Air Transport Liberatisation Comes Down to the Ground: Recent E.C. Developments in the Groundhandling Sector*, E.C.L.R. 1999, 86; CARBONE-MUNARI, *L'attuazione nell'ordinamento italiano della direttiva sul libero accesso al mercato dei servizi aeroportuali*, *Dir. Comm. Int.*, 2000, 95.

(8) COM (2001) 35 final, 2001/0047 (COD), hereinafter referred to as the Proposed Directive.

2. As it is known, technical-nautical services are mainly three: pilotage, towage and mooring. Port pilots direct vessels entering or leaving ports, or moving along restricted viz. ''sensitive'' waters (such as straits or channels). They also use to co-ordinate movements of all vessels in the port areas or in the above waters in order to avoid accidents.

Tugs push or pull vessels upon request of the master during any movement in approaching, transiting or leaving a port, while mooring men (or boatmen) moor vessels at their quays or buoys, control that the vessel is constantly moored during its stay in the port, co-operate with the crew in the mooring or unmooring activities until the vessels has left the port and is safely sailing.

In addition to this, quite often technical-nautical services aid maritime and port authorities in cases of emergency, for instance in case vessels undergo accidents or must be rescued, shipwrecks close to ports take place, or water contamination by vessels occur close to coasts and ports.

After the Green Paper, and especially *Corsica Ferries v. Ormeggiatori* (9), no doubt exist that a specific feature embodies all technical-nautical services as services prominently functional to the safety of vessels, cargo, passengers and the port community as a whole.

This feature corresponds to a clear distinction between these services — rendered in favour of vessels calling at ports — and those other services offered in ports and related to the cargo: while these latter mainly have a commercial nature, and can be organised under workable competitive patterns, technical-nautical services are focused on safety matters and are therefore subject to different needs in respect both of organisation and supply, as well as of market access.

In the language of the EC Treaty, technical-nautical services hence fall within the scope of application of article 86.2. This principle has been unequivocally stated by the ECJ in *Corsica Ferries v. Ormeggiatori*, and had been already enounced in *Corsica Ferries v. Corpo Piloti* (10). And it is worth mentioning that — so far — no other services supplied within ports have been considered by the ECJ — nor by any other EC institution — to

(9) Case no. C-266/96, *supra*, note 5.

(10) Case no. 18/93, *supra*, note 2.

enjoy the same characteristics: this is true for supply of temporary labour, and for terminal services (11).

Needless to say, the above has material effects as far as the powers of Member States are concerned to shape rules regarding access to the market and organisational features of technical-nautical services.

3. The balance between EC rules aimed at securing competition or freedom to provide service and Member States rules enacted for the protection of maritime safety was struck in *Corsica Ferries v. Ormeggiatori*, which ranks as a landmark case not only for the port sector, but also, and more generally, for any matter concerning utilities and services rendered in the general interest.

By now the facts and the issues of the case are quite clear, and a short summary of them shall be sufficient for the purposes of this paper.

In particular, Italian rules on mooring services envisaged (and still envisage) the power of the competent port/maritime authority

a) to entrust only one firm with the provision of this service within the entire port area,

b) to make such services compulsory for port users upon any arrival/departure of the vessel, under certain structural conditions of the port and/or in presence of given circumstances,

c) to determine a tariff which not only includes the price of the commercial service supplied by mooring men, but also a portion of the costs of the public service obligations they are entrusted with (such as presence in the port round the clock 365 days a year, obligation to supply the service to any vessel calling at the port, duty to monitor the conditions of moored vessels in the port, readiness to help the authority in any case of emergency with adequate personnel and equipment).

For sake of completeness, one should add that

d) the same authorities also establish the number of mooring men (all of them in possession of specific professional

---

(11) See *Siderurgica Gabrielli*, *supra*, note 2; *Silvano Raso*, and *Becu et al.*, *supra*, note 5.

skills) who, after a public competition, are allowed to provide services within each port, as well as tariffs for mooring services.

Plaintiff Corsica Ferries contested this regulatory framework as incompatible with several treaty norms, and argued that the prohibition to self-handle the service was inconsistent with the rules on freedom to provide services, that the monopoly position enjoyed by mooring men was incompatible with article 82 read in conjunction with article 86 of the EC treaty. It was further argued that the same inconsistency stemmed from the fact that the tariffs were higher than the costs for the provision of the service, due to the fact that they included a fraction of the costs encountered for the provision of public service obligations. The existence, because of the above need, of different tariffs in different ports for the same mooring service supplied to the same vessel (Corsica Ferries called at Genoa and La Spezia ports) was also infringing competition rules (12). Finally, the additional costs sustained by the user aggrieved by compulsory mooring services which could not be self-handled was assumed to be inconsistent with article 28 of the EC treaty.

However, the ECJ rejected all these arguments.

In the first place, the Court convened that mooring operations are of general economic interest, such interest having special characteristics, in relation to those of other commercial port services, which are capable of bringing them within the scope of article 86.2 of the Treaty. The above due consideration being expressly taken to the fact that mooring groups are obliged to provide (*a*) at any time and to any user a universal mooring service and also (*b*) a series of related public services to the maritime authority, both of them considered essential for reasons of safety in port waters.

Once this principle was set, it was then easy for the Court to establish that

a) article 28 of the EC Treaty does not preclude a Member State to have recourse to the services of local mooring groups holding exclusive concessions, for a charge higher than the actual cost of the service provided, when legislation such as

---

(12) In fact, in *Corsica Ferries v. Corpo piloti di Genova* (*supra*, note 2) the ECJ seemed *prima facie* to have upheld this view, in a way which, however, was not at all convincing (see CARBONE-MUNARI, *supra*, note 1).

that at issue makes no distinction according to the origin of the goods transported, its purpose being not that of regulating trade in goods with other Member States; in any event, the restrictive effects which it might have on the free movement of goods are too indirect to be regarded as being capable of hindering trade between Member States (13);

b) it is not incompatible with articles 82 and 86.1 of the Treaty "*to include in the price of the service a component designed to cover the cost of maintaining the universal (mooring) service, inasmuch as it corresponds to the supplementary cost occasioned by the special characteristics of that service, and to lay down for that service different tariffs on the basis of the particular characteristics of each port*";

c) the combined provisions of articles 10, 81, 82 and 86.1 of the EC Treaty "*do not preclude legislation of a Member State, (i) which confers on undertakings established in that State an exclusive right to provide a mooring service, (ii) which requires the service to be used at a price which, in addition to the actual cost of the service provided, includes a supplement to cover maintenance of a universal mooring service, and (iii) which provides for tariffs that vary from one port to another in order to take into accaunt each port's particular characteristics*";

d) the requirement to have recourse to a local mooring service enjoying exclusive rights, even if it were capable of constituting a hindrance or impediment to freedom to provide maritime transport services, could be justified, under article 46 of the EC Treaty, by the considerations of public security relied on by the mooring groups, on the basis of which the national legislation on mooring was adopted.

There is no doubt that, given the similarities existing in respect of all technical-nautical services ancillary to navigation, the above reasoning is certainly applicable not only for mooring, but also for pilotage and towing.

4. The principles established by the Court are clear-cut,

---

(13) See, identically, case no. C-379/92 *Peralta* [1994], ECR, I-3453, and case no. C-96/94 *Centro Servizi Spediporto* [1995], ECR, I-2883; case no. C-418/93, *Semeraro Casa Uno S.r.l. et al. v. Sindaco del Comune di Erbusco et al.* [1996], ECR, I-2975.

and do not need very much to be added. Two things, however, should be emphasised.

In the first place, it is worth recalling that the ECJ was directly interpreting EC Treaty rules, hence setting out principles which shall survive any secondary legislation enacted by the Council and the European Parliament.

Secondly, it is important to underline that the Court did rely on the choices made by the Member State concerned, both in respect on the nature and purpose of the service, and — more importantly — as regards the decisions adopted by the Member State regarding attribution of exclusive rights (*i.e.* monopoly position) and, conversely, access to the market by third interested parties (in our case, prospected self-handlers): more precisely, it was clarified that "*[a]t all events, the Italian Republic could properly have considered that it was necessary, on grounds of public security, to confer on local groups of operators the exclusive right to provide a universal mooring servive*" (14).

Therefore, instead of indulging into a rule of reason, or applying a strict "proportionality test" (15), the Court preferred not to substitute the Member State in approaching delicate discretionary evaluations affecting the measure and strictness of safety standards to be established within a port. It simply — and correctly — relied on the evaluations made by authorities better equipped and better placed than the ECJ in assessing all relevant matters. And this, besides, consistently with sound criteria of subsidiarity.

This point should be highlighted, for it gives important indications on how powers and decisions may and should be allocated between the Community and Member States regarding port services instrumental for safeguarding the general interest and specifically public and maritime safety.

Yet, the Proposed Directive seems to have overlooked this paramount issue.

Hints of that may be found, in the first place, in the decision not only to include also technical-nautical services in the liberalisation scheme offered by the Proposed Directive, but also

---

(14) *Corsica Ferries v. Ormeggiatori*, *supra*, note 5, para. 45.

(15) On this matter, see also below, paragraph 7.

to provide for them a regime identical to other ''commercial'' port services (such as those regarding cargo handling) (16).

Secondly, in the choice made by the Proposed Directive to envisage exclusively one (Member States') ''authority'' — coincident with one single port — as the only entity potentially addressed by the Proposed Directive which is capable of introducing rules restricting market access or performance standards for service providers. This approach prevents any (adequate) consideration for ''regulatory'' decisions which Member States may adopt at the general level, that may be intended to condition the same regulatory powers existing within each and single port.

In this vein, the risk is obvious that Member States may be deprived of their power to define services of general interest and regulate them at national level, and that those specific norms of the Proposed Directive which, as we shall see, allow for restrictions to market access for technical-nautical services (17), be narrowly interpreted and scrutinised under a strict (local) proportionality test, where any real ''general interest'' laying beneath the regulatory choices made at Member States' level is placed in the very background.

This result may in fact appear quite questionable.

As it has been correctly pointed out, the boundaries of public services and of the services of general interest are defined by the States (and not by local administrations entrusted inter alia with regulatory powers), and stem from a judgement of values sustained by political will which, needless to say, is changeable over time, and has lot to do with solidarity and social values (18). Besides, the EC Commission appears to share fundamentally this view in its latest Communication on services of general interest adopted on 20 September 2000 (19). To this

---

(16) See the Annex to the Proposed Directive.

(17) See article 7 of the Proposed Directive and below, paragraph 6.

(18) GAUDEMET, *Regolazione e servizi pubblici: l'esperienza continentale* (translated by M. Cattaneo), in TESAURO-D'ALBERTI (eds.), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, 49, at 51 ff.

(19) In its Communication, *Services of General Interest in Europe*, Brussels, 20 September 2000, the Commission states ''*at the heart of Community policy on services of general interest lies the interest of citizens. Services of general interest make an important contribution to the overall competitiveness of European industry and to economic, social and territorial cohesion. As users of these services, European*

end, the Commission is also clear in avoiding any intervention or control on the Member States' freedom to define services of general interest, which is only "subject to manifest error" (20).

To this regard, when a Member States makes a choice to define a service as one of general interest, and to set high standards of performance for this service, then it may well be that market forces alone do not result in the satisfactory provision of this services, and that, as a consequence of that, public authorities may subject certain service providers to public service obligations and grant special or exclusive rights to guarantee the provision of the services consistent with the standards set after a discretionary and actually "political" judgement (21).

This having said, it seems clear that in the Proposed Directive the role of subsidiarity should be clarified in accordance with the above criteria and, in any case, under different terms than those arising from the examination of the text proposed by the Commission.

In particular, it should be made clear that the Proposed Directive should not preclude Member States to define, also in the port sector, those services of general interest (and therefore to establish that technical-nautical services fall within this definition), and to set rules to be applied nation-wide regarding these services. Nor the Proposed Directive should interfere with the allocation of powers within each Member State among State-, Regional-, and port authorities or harbour masters. To this end, specific amendments to the provisions of the Commission proposal should be welcome. In any case, and at least, once enacted, its provisions should be interpreted with a view to permitting Member States to keep powers and jurisdiction on these matters to a non-negligible extent (22).

---

citizens have come to expect high quality services at affordable prices. It is thus users and their requirements that are the main focus of public action in this domain. The Community protects the objectives of general interest and the mission of serving, the public". On these topics see also CARDI, *Public Utilities and Regulation: A European View*, lecture held at Georgetown University Law School, Washington, D.C. on April 30, 2001, mimeo, on file by the authors.

(20) See again the Commission's Communication, *Services of General Interest in Europe*, *supra*, note 19.

(21) See, along the same lines, CARDI, *supra*, note 19.

(22) The auspice is to avoid that, for port services, a negative trend such as

5. Along the lines set out above, some typical implications can be suggested. For instance, as long as uniform standards have not been set at European level, Member States should be allowed to establish relevant rules on good repute, financial fitness, professional competence or qualifications and cover for civil liability of interested undertakings. Such rules can be *mutatis mutandis* not dissimilar from those normally envisaged at Community level in the transport sector.

Having then regard, in particular, to technical-nautical services, and given their specific characteristics, it should be pointed out that principles and conditions laid down for enjoying *freedom of establishment* — and not *freedom to provide services* — should be applied for alloving interested undertakings or personnel qualified in their home country to have access in the market of other Member States.

In other words, absent any harmonisation at Community level, Member States should be still empowered to set subjective criteria for access to the market, and require these criteria to be respected by any other interested Community undertaking or professional coming from other Member States and willing to supply technical-nautical services in the former State, subject to the rules and principles established by the ECJ and applicable to these matters (23).

Safeguard of these powers upon Member States is paramount for securing that technical-nautical services are supplied consistently with the purposes they are provided for at national level: these services entail almost invariably the movement

---

that presently under way in airport viz. ground-handling services is not replicated, where the Commission is being substantially replacing Member States in all respects, and is probably eroding their powers and jurisdiction also in those fields (e.g. infrastructures) for which one could reasonably cast in doubt the existence of such pervasive powers by the Commission. On these topics see MUNARI, *La prassi comunitaria sulla liberalizzazione del trasporto aereo nell'Unione Europea tra lotta alla discriminazione e compressione delle competenze statali*, *Dir. Un. Eur.*, 1999, 207.

(23) Reference is made to judgments such as cases no. C-340/89, *Vlassopoulou* [1991], ECR, I-2357; no. C-76/90, *Säger* [1991], ECR, I-4221; no. C-19/92, *Kraus* [1993], ECR, I-1663; no. C-43/93, *Vander Elst* [1994], ECR, I-3803; no. C-55/94, *Gebhard* [1995], ECR, I-4165; no. C-272/95, *Guiot and Climatec* [1996], ECR, I-1905.

of ships in sensitive spaces such as ports and adjoining areas, and imply specific skills and knowledge by people supplying them which not only relate to an adequate education and professionalism, but also often require complete knowledge of the physical and geographic conditions of the places in which the service has to be supplied. In this respect, one sees also the reasons why — as we have suggested in the previous paragraph — the existing allocation of powers within Member States should not be affected by the Proposed Directive: if safety standards are set by the State, one can be reasonably secure that the same level playing field shall exist between competing ports (at least within a Member States) in respect of these standards, hence avoiding undesirable temptations for ''races-to-the-bottom''.

Therefore, and turning specifically to one of the key-issues at stake, the legitimacy of laws and regulations cannot be disputed when they provide minimum professional requirements of workers interested in supplying technical-nautical services: even if they create barriers for entry into the market, such barriers are certainly consistent with the need of having technical-nautical services rendered by people capable of ensuring professionalism and safety during the supply of these services.

Along these lines, these professional requirements satisfy needs which are identical to those existing for all other professions. Hence, and especially in the light of *Corsica Ferries v. Ormeggiatori*, it can hardly be doubted that no infringement of articles 28, 49 or 86 of the EC Treaty may be envisaged, when restrictions to entrance into the market are due to the lack of relevant subjective standards to enter the market of any given Member State.

But not only this. Consistently with *Corsica Ferries v. Ormeggiatori*, lot of caution should be adopted before allowing the scrutiny of any Member States measure setting subjective standards under any ''proportionality test''. Safety is a matter of degree, rather than an absolute concept; it may derive from the different value any State places in respect of its coasts, of its ports, or of the ''public goods'' procured by the port: hence, the degree of safety a Member State is willing to establish in its

ports (which moreover may be different from port to port) may not be considered adequate by another Member State (24).

On the other hand, one should also recall that national legislation which provides for standards stricter than other national legislations is not, as such, discriminatory and contrary to the EC Treaty, even if this legislation introduces ''restrictions'' to market access which nationals would not encounter in other Member States with respect to these States' nationals (25).

6. Clearly, subjective criteria are not the only relevant for our debate. Quite important — and maybe more important — is also the establishment of objective criteria to regulate market access.

In this regard, and different from the issues dealt with in the previous paragraph, the Proposed Directive does set rules concerning market access to port services. The opportunity shall therefore be caught to provide some comments to the relevant rules of the Proposed Directive.

In the Green Paper of 1997, the Commission admitted that some limitations to market access may be necessary in relation ''*to safety considerations, sometimes determined by the specific geographical characteristics of the ports*''. This principle has been repeated also in the Proposed Directive: while the principle is set under which ''*freedom to provide port services shall apply to Community providers of port services, [who] shall have access to port installations to the extent necessary to carry out their activities*'' (26), Member States are nevertheless somehow entitled to limit this access, consistently with some rules, procedures and conditions (27).

More specifically, reasons for limiting market access have been envisaged in the existence of ''*constraints relating to available space or capacity or, for technical-nautical services, to mar-*

(24) On these matters, and for more detailed arguments, see CARBONE-MUNARI, *supra*, note 1, at paras. 4 and 5.

(25) See cases no. C-379/92, *Peralta* [1994], ECR, I-3453; no. 155/80, *Oebel* [1981], ECR, 1993; no. 14/68, *Wilhelm v. Bundeskartellamt* [1969], ECR, 1.

(26) Article 1 of the Proposed Directive.

(27) Articles 7 and 8.

itime traffic-related safety'' (28). When they have been ascertained, Member States are obliged to state the reasons why restrictions are established, being understood that the principle should be that of ''*allowing the highest number of service providers possible under the circumstances*''.

For services related to merchandise, the principle seems to be that competent authorities of Member States ''*must authorise at least two service providers for each category of cargo*'' (29). However, nothing is explicitly said in respect of technical-nautical services. Previous drafts of the Proposed Directive provided that if the interested provider fulfilled a ''*public service requirement*'', then ''*financial compensation or an exclusive right [to supply the service]*'' could be awarded. These specifications have been abolished in the Proposed Directive. And yet, consistently with what we have recalled in paragraph 4 above and with *Corsica Ferries v. Ormeggiatori*, it seems unlikely that this solution be precluded to Member States or their (locally) competent authorities. In any case, as it is normal in any regulatory framework, a selection procedure is to be organised for allowing some contestability in the market (30).

This seems particularly true when technical-nautical services are organised as a universal service for the benefit of the port and of all port users (31). The model based on the universal provider of the service is established to meet the requirements

---

(28) Article 7.1 of the Proposed Directive.

(29) Article 7.2 of the Proposed Directive.

(30) See Article 8 of the Proposed Directive, implicitly confirming the legitimacy of monopolistic (albeit contestable) models for port (and technical-nautical) services.

(31) More specifically, one can understand a technical-nautical service to be offered under a framework of ''*service universal*'' when the following conditions are present:

a) the services are offered to anyone who requests them, and any user can request them. Furthermore, the operating procedures of the service, and the conditions of its access guarantee the maximum flexibility for the user: she can come to the port with any ship, any crew, under any meteo-marine conditions, and nevertheless there is no uncertainty that the services shall be supplied;

b) the service is provided on the basis of predetermined rules regarding the quality and the supply procedures. Tariffs are also fixed in advance, are uniform for classes of users, and are in most cases calculated in relation to the average cost of the service and the market situation. Their level is affordable;

of the public interest, and more specifically of a social purpose, represented by the safety of navigation and the port. The experience of several Member States (e.g. Italy, France, Germany, Spain) has shown that this model has made possible to supply the technical-nautical services with the highest safety standards at comparatively low costs and in an efficient manner.

In this respect, however, one might consider models alternative to exclusivity of providers which have been repeatedly envisaged by scholars and studies which have dealt with these topics (32), and which were also highlighted in previous drafts of the Proposed Directive. Reference is made, in particular, to the idea of a plurality of (at least two) suppliers of technical-nautical services, one of which aggrieved by public service obligations and, for this reason, benefited by financial compensation.

One might therefore inquire whether this alternative may be preferable.

7. In the preceding paragraphs we have seen that, from the mere legal point of view, Member States are not prevented by Treaty rules to grant monopolies for technical-nautical services when they are organised as universal services aggrieved by public service obligations. We have also pointed out that — in our view — the application of a ''proportionality test'' to scrutinise the enforcement of this power by the Member States should be done, in case, with substantial caution.

In particular, it should be noted that the ECJ did not even consider such test in resolving the issues laid down in *Corsica Ferries v. Ormeggiatori*. And yet, even if such a test were to be used, the assessment to be made could not be that of seeing whether no other conceivable measure could enable the tasks of technical-nautical services to be performed under the same conditions. Rather, and given also the high relevance of subsidiarity in this matter, the measure should be considered legitimate —

---

c) the service is provided on a round the clock-round the year basis, without interruptions;

d) the suppliers of the service are subject to the maritime viz. port authority, and can and are often ordered to provide assistance during emergencies at sea.

(32) AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Indagine conoscitiva di natura generale sui servizi portuali* (1998).

and the proportionality rule should be satisfied — when the Member State is able to justify it, *i.e.* to furnish adequate support and grounds, under reasons of general interest (33).

We are persuaded that this is true.

In the Green Paper of 1997 this point had not been sufficiently clarified: while clearly leaving it understood that the market of technical-nautical services cannot nor must be perfectly competitive, the Commission did not dwell too much into the issue of providing restrictions to access to the market when in such market a universal service provider was present.

After *Corsica Ferries v. Ormeggiatori*, the picture appears much clearer. However, in the Explanatory Memorandum to the Proposed Directive the Commission still indulges in some typical arguments evoking proportionality as the golden rule to establish whether restrictions are legitimate or not. And one may also argue that this should be applied to establish that, rather than monopolistic models, a plurality of users should be given market access, one of which entrusted with public service obligations against financial compensation.

In fact, the existence of two alternative models, both legally feasible, requires assessing which is the better one.

Apparently, this kind of investigations should not be so easy.

And yet, perusal of studies and documents circulated also recently in this field seems to cast some doubts on the level of depth of any such investigation. We refer, in particular, to some parts of the already quoted Commission's Green Paper on ports and maritime infrastructures, to the Explanatory Memorandum to the Proposed Directive, and to relevant chapters of the investigation carried out by the Italian antitrust authority in 1998 on port services (34).

These documents seem to be pervaded by the dogma that, in any event, plurality of suppliers is better than monopoly. According to this dogma, the signal is given that competent authorities should carry out every attempt to shape — and even to

---

(33) See, in this vein, case no. C-158/94, *Commission v. Italy (ENEL)* [1997], ECR, I-5789.

(34) See *supra*, note 32.

curb — any regulatory framework in such a way to permit at least two operators to get access to the relevant market.

A non dissimilar approach is, in fact, enshrined in the already mentioned Directive no. 96/67/EC on access to the ground-handling market at Community airports, which is clearly oriented to set market models where at least two competitors exist within each market, and this *favor* for plurality of operators is purported irrespective of the possibility that cartels take place or of the increases of transaction costs that regulators (as well as users and the community) have to face as a consequence of deploying this kind of... ''competitive framework'' (35). By the same token, it leaves much to be desired the same idea envisaged in the Proposed Directive to impose onto port authorities the obligation to grant market access of ''*at least two service providers for each category of cargo handling*'' within each port (36), without any assessment on the actual size of the relevant geographic market of the interested port service: if one considers that, for many trades (and much differently from air transport), ports and their port terminals do harshly compete for the same cargo and port users, it is simply wrong to consider that, within each port, the existence of two competing terminals may be beneficial. And if one takes further into account that, on the demand side, the market is being dominated by few megacarriers, one cannot avoid thinking that fragmentation in the industry of terminal operator capable of diminishing their strength *vis-à-vis* their contractual counterparts may not be a wise solution for another series of evident reasons. But, again, this may be the (wrong) logical consequence of the already criticised approach followed by the Proposed Directive to see only two levels of regulation in the port sector: *i.e.* Europe and each single European port (37).

8. In light of the above, one should therefore commit itself to more caution before adhering to ''ideological'' models to

---

(35) For a more thorough assessment on these matters see CARBONE-MUNARI, *supra*, note 7.

(36) See Article 7.2, already quoted.

(37) See above, paragraph 4.

be applied to technical-nautical services, and should actually verify whether these models do serve efficiency and safety needs.

In fact, according to more analytical economic studies focused on our services which have recently appeared (38), there would seem to exist little doubts that shaping markets for our services as regulated monopolies is actually the more persuasive solution.

Reasons for this kind of approach appear to be manifold: in the first place, it has been pointed out that it risks to be superficial and not consistent with reality the idea of preserving at the same time a universal service together with the plurality of operators, in which competition exists for the ''commercial'' or ''remunerative'' part of the service while a selection should take place to individuate the unique firm providing universal service, *i.e.* offering public service obligations against a fee.

This because, when access to the market is ensured to (any) interested supplier of the technical-nautical services, then it may be illusory to find anybody interested in being burdened by public service obligations and compete for obtaining exclusively these burdens without being compensated by exclusive rights to offer the service. Moreover, the setting of a fee to the exact level may be very difficult and may entail significant transaction costs, which the community as a whole should eventually bear, without any certainty on whether the level of fee is correct. And yet, any difference in respect of the ''optimal'' fee would certainly leave everybody worse off: if the fee is lower than the optimal level, the universal service is in danger, together with the social values and connected general interest it preserves; if it is higher, then the community is extracting excessive resources, therefore creating inefficiencies. Furthermore, in both cases distortions of competition in the market are guaranteed. In other words, the mechanism implying plurality of providers and payment of a fee to the universal service provider (which copies models already used in other liberalisation experiences) is, in the case of technical-nautical services, quite doubtful: while it introduces substantial transaction costs, it does not assure any real advantage. In fact, it contains a immanent distortion which risks to bring many

---

(38) POZZI, *L'economia portuale fra regolamentazione e concorrenza. Il caso del servizio tecnico-nautico di ormeggio*, *Porti e servizi tecnico-nautici*, 4-2001.

more damages then those apparently set by the monopoly issue it intends to resolve.

By the same token, it has been persuasively pointed out that the operation of models implying the plurality of technical-nautical services providers may be substantially weak compared to the need of achieving the objective of safety in ports and adjoining waters, which is by its very nature a typical social goal. In particular, one should take into account that negative externalities and social costs arising by lack of safety at sea and in ports are not likely to be associated with any clear economic value: it can be an awkward task to answer how much is human life worth, or how much is a clean environment worth. But if this is true, as we think it is, then it seems impossible to introduce in the market for technical-nautical services sanctions or economic mechanisms to address free riding problems or market adjustments in case of plurality of providers offering their services and competing for the same users.

On the other hand, the same Proposed Directive acknowledges that its provisions "*in no way affect the rights and obligations of Member States in respect of law and order, safety and security at ports as well as environmental protection*" (39). But this principle may result to be nullified if one applies it subject to "ideological" frameworks for market models.

But not only this: models advocating plurality of technical-nautical services suppliers seem to forget a key-issue regarding the relevant market: for our services, the market is not the market for actual provision of the service; rather, it is its availability that matters. One should consider, for instance, that costs incurred by vessels waiting for the supply of technical-nautical services to enter the ports and load/unload their cargo or passengers are much higher for the society than those deriving from the organisation of a universal service for technical-nautical services. Therefore, any port, to be competitive, must ensure that technical-nautical services are offered immediately upon request by any vessel calling at such port.

This implies, in turn, that the size of the market must coincide with the peak demand, hence what we call the "availabili-

(39) Article 14 of the Proposed Directive.

ty'' of the service, and cannot be set at the level any rational firm operating in the market would do following a competitive pattern, *i.e.*, a little less than the average actual demand for service, this size being required in order to avoid excess capacity which, by the way, in our case cannot be stored nor recycled. This scenario is unavoidable in any competitive framework, hence also in those for which the regulator has set qualitative standards that firms having access to the market must respect.

Therefore, if we let firms enter the market without constraints in size, they shall set their size in a way capable of meeting the actual demand of the service (and not the theoretically expectable demand of the port) (40). And yet, if the universal supplier has minimum size constraints, then a distortion of competition between these players is going to take place, given the absence of the same level playing held among competitors. As regards possible adjustments to this situation (*i.e.* establishing an obligation onto newcoming firms to be bound to public service obligations equal to those imposed to the universal provider or imposing onto the former money contributions to the maintaining of the public service), we have seen already that their effectiveness and efficiency is highly questionable.

Furthermore, the size/organisation imposed by the authority to the universal supplier determines excess capacity on the latter, at least as long as the port theoretical infrastructures are not fully exploited (or fully saturated), and leaving aside any extra supply for emergency situations. Excess capacity is a cost and, in our model, is a cost which is borne by all users.

If we add to this capacity further capacity offered by other firms, which are allowed access to the market, the overall result is an increase of excess capacity, which in turn determines higher costs and inefficiencies.

In other words, the story of technical-nautical services is

---

(40) For mooring services, moreover, the scenario could be even worse, taking into account the possibility that terminal operators (who by definition encounter cyclical peaks of demand and hence are subject to excess workforce during off-peak situations) may use their idle workforce to offer technical-nautical (mooring) services in a situation where, given the economies of scope terminal operators would be likely to enjoy, no other firm could reasonably match their tariffs. This, clearly, would amount to a distortion in competition capable of disrupting any idea of preserving universal service.

the story of a typical market failure: in our "availability market" — which is necessary to foster the public good of safety and competitiveness of ports — conditions appear to exist which favour the existence of natural monopolies, which is apparently the only correct answer to the market failure we have.

On the other hand, it seems unlikely that a capture situation occurs between the monopolist and the regulatory authority, being therefore excluded also the inefficiencies connected with such a situation. One should remember that the size and features of the universal supplier may be, and normally are, determined by the controlling authorities, and not by the suppliers themselves. Once again, in the "availability market" relevant for technical-nautical services, it is the competent port/maritime authority in the interested Member State the entity better placed to establish which is the peak demand for the services and the need of any additional capacity to face potential emergency situations.

9. In the preceding paragraphs we have seen that, in fact, even if competitive patterns may be theoretically conceivable for technical-nautical services, there seem to be serious arguments for monopoly models, which appear to entail much less transaction costs and to foster significantly better any general interest associated with the safety and social needs achieved through the operation of a universal provider of technical-nautical services. On the other hand, it is worth recalling that, in our view, these models are allowed under the Proposed Directive, and anyway by the same EC Treaty as interpreted by the ECJ in *Corsica Ferries v. Ormeggiatori* (41).

The same conclusion seems applicable also to the issue of self-handling, for which, however, a few additional points may be said in the light of the Proposed Directive. Quite correctly, the Proposed Directive does not establish any "special status" of port users willing to self-handle port services: identically to port service providers, they can be subject to an authorisation, "*for which the criteria must not be stricter than those applying to*

---

(41) But see also cases no. C-320/91, *Paul Corbeau* [1993], ECR, I-2533, and no. C-393/92, *Almelo* [1994], ECR, I-1477, which are consistent with the approach above.

providers of the same or a comparable port service'' (42). However, and quite surprisingly, the Proposed Directive does not define who is a ''port user'' (43). Yet, for technical-nautical services this clarification is paramount, given the fact that in some instances it has been also (wrongly) purported that also terminal operators may be qualified as self-handlers of technical-nautical services (44). Therefore, it must be made clear — possibly through specific amendments of the Proposed Directive, or through interpretation, or by the same Member States when implementing the Proposed Directive in their national legislation — that for technical-nautical services self-handling must be considered as operating only in favour of maritime carriers: otherwise, given the fact that such services are rendered in favour of vessels, ''port users'' different from them who may be authorised to ''self-handle'' technical-nautical services shall in fact supply them in favour of third parties. And this is clearly inconsistent with the same idea of self-handling.

The above having said, one should then evaluate whether also self-handling may not be correctly restricted for technical-nautical services.

As a matter of fact, self-handling is constantly construed as a right, and not as a obligation of ''port users'' who are prevented from utilising technical-nautical services. If this is true, then the port user can always decide whether or not she is to self-handle a technical-nautical service.

This consequence, however, can provoke inefficiency: for the universal provider and for the regulatory authority the existence of any (non-compulsory) self-handling within the port does not reduce the capacity which must be offered in the market in order to comply with public service obligations and safety requirements. Thus, if we add to this capacity further capacity

---

(42) See Article 11.2 of the Proposed Directive.

(43) It is worth recalling that previous drafts of the Proposed Directive did in fact fill this gap by defining self handling as occurring when ''*a port user whilst using its personal crew directly provides for itself one or more categories of port services and normally concludes no contract... with any third party for the provision of such services*''. But this definition was (unexpectedly and erroneously) deleted in the Proposed Directive.

(44) See the AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *supra*, note 34.

offered by any interested self-handling port user, which is allowed market access, then the overall result is an increase of excess capacity, which in turn determines higher costs and inefficiencies (45).

But not only that. In any event, self-handlers would be anyway subject to pay a fee to compensate the universal service provider of those costs associated with public service obligations. Yet, it has been pointed out that this mechanism would entail even greater transaction costs than those arising out from a scenario in which market access is granted to a plurality of competing firms offering technical-nautical services, because in certain stances self-handling may, at their discretion, prefer to use the universal provider, hence without any certainty on the size of the demand of the service actually requested to the latter or satisfied autonomously by self-handlers, which, in turn, clearly affects the determination of the fee.

Furthermore, it has been persuasively noted that — at least for technical-nautical services such as mooring and pilotage — even when the authority has set specific standard for self-handlers identical to those established for the interested suppliers of services, the possibility for self-handlers to organise at their discretion the provision of the service for themselves makes quite difficult the control of such quality standards and stimulates free riding. And this, needless to say, would undermine the respect of safety goals which technical-nautical services attempt to ensure in any port.

In light of the above, and if we remember that in *Corsica Ferries v. Ormeggiatori* the ECJ had affirmed that prevention of self-handling may be consistent with Community law, we may have further guidelines on how the prospected directive may be implemented according to Treaty principles.

10. While we do believe that — under the scenario of the universal service provider — monopolistic models for technical-nautical services actually serve the general interest of safety — and, at the same time, ensure efficiency from the economic point

---

(45) This argument had been already proposed by us in the paper quoted *supra*, note 4, and has been also formulated by POZZI, *supra*, note 38, paragraph 11.

of view-substantially better than any other alternative, we convene with the opportunity to evaluate whether mechanisms can be put into place to maintain and increase such efficiency.

One solution is traditionally envisaged in Community legislation fostering the introduction of more dynamism and efficiency in regulated markets, and provides for a selection of interested universal suppliers. This solution is also considered by the Proposed Directive (46).

Yet, it seems worth pointing out some *caveats* relevant for establishing under which criteria and parameters a selection should take place.

For instance, qualitative criteria of the providers should be clearly considered for the reasons stated in the previous paragraphs. To this end, one can also imagine to select firms on the basis not only of the professional skills they can put into place, but also in respect of the prospected capacity they demonstrate in organising and perform the service throughout the port and the adjoining waters.

On the other hand, it does not seem necessarily proper to have interested firms compete on price/tariff of the service.

Also in the light of recent studies enacted or promoted by the same European Commission, there cannot be any doubt that — within the transport chain — tariffs and pricing mechanisms are powerful tools to promote transport policies and distributive goals. Now, if we let that tariff level is set through selection procedures, and if we thus deprive the public authorities from the corresponding power to interfere with trade and transport patterns by using price mechanisms, not necessarily we are proposing a convincing solution.

In this regard, the ECJ case law has substantially dealt with the issue of tariffs and set quite clear parameters that can be utilised in regulated markets (47). Hence, Member States have useful guidelines to establish procedures aimed at allowing for correct tariff setting consistently with legitimate parameters of

---

(46) See Article 8 of the Proposed Directive.

(47) Apart from *Corsica Ferries v. Ormeggiatori*, and *Corsica Ferries v. Corpo Piloti di Genova*, one can mention cases such as no. 209-213/84, *Asjes* [1986], ECR, 1425; no. 66/86, *Ahmed Saeed* [1989], ECR, 803; no. C-185/91, *Reiff* [1993], ECR, I-5801; no. C-153/93, *Delta* [1994], ECR, I-2517.

transport policy and distributional gosls, which we consider should not be abandoned even in a perspective of secondary legislation on port services, and particularly in those sectors (such as that concerning technical-nautical services) which still require regulation.

Another issue to be dealt with when approaching the selection procedure is that concerning social protection. If we consider that the Community is a complex legal order, where different values must coexist and be reconciled, then we should carefully study the effects of ''market instruments'' in their ''social'' implementation and enforcement. In respect of technical-nautical services, we should not forget that, in particular for some of them (pilotage and mooring), persons supplying these services are often qualified and, at the same time, specialised. Hence, not necessarily they may find alternative occupations and, on the other hand, a ''migration'' of them from a port to another one seems to entail other negative social consequences. Additionally, their specific knowledge of the port and its characteristics is a valuable patrimony of which the community takes advantage, so that dispersion of this patrimony may not ultimately serve the same goals of safety which is the founding rationale of technical-nautical services.

Community law — and more precisely EC directives dealing with this kind of matters — normally consider the social issue by allowing Member States to take the opportune measures to avoid social problems arising out of liberalisation or opening up of regulated markets. The Proposed Directive establishes that ''*without prejudice to the application of this Directive, and subject to the other provisions of Communiy law, Member States shall take the necessary measures to ensure the application of their social legislation*'' (48).

However, this sentence is rather obscure and, in fact, unsatisfactory for the purposes set out above. In the first place, it is far from clear which kind of measures may be actually put into place by Member States in respect of their ''social legislation''. And secondly, one could even argue that only the existing social legislation may be applied, without any power forms to adjust or

(48) See Article 15 of the Proposed Directive.

enact new rules coping with the need of avoiding dispersion of skilled manpower and professionalism in ports. If we take a look to the air transport sector, social clauses inserted by Italy in implementing the Directive on ground handling services have been challenged by the Commission (49).

This having said, our suggestion would be of evaluating whether it may not be useful to attempt setting common rules or guidelines on this matter, which can be applied throughout Member States without substantial differences. From this point of view, and this is certainly valid also for the port sector, one should remember that the opening of markets traditionally creates new working places, and that any decrease in occupation consequent to profound restructuring of any given sector is followed, in the medium run, by a contrary trend of recovery and increase of working places. On the other hand, when we consider this issue, we should anyway take into account the interests of those who, in the medium run, may suffer negative consequences. And in this vein, one could well advocate the introduction in the Proposed Directive of specific powers to be utilised by Member States in implementing the Directive to envisage safeguards for workers of companies which unsuccessfully undergo a selection procedure whose outcome is favourable for a newcomer.

(49) See, also for a critical view of these Italian provisions, CARBONE-MUNARI, *supra*, note 7.

III.

VERSO UN SUPERAMENTO NEL DIRITTO DEL MARE DEI PRINCIPI DI SOVRANITÀ TERRITORIALE E DI INEFFICACIA DEI TRATTATI VERSO I TERZI?

DI

ANGELA DEL VECCHIO

Professore ordinario nella L.U.I.S.S. Guido Carli

SOMMARIO: 1. Problemi applicativi del principio di sovranità nel mare. — 2. Le zone comuni di pesca in Europa e nelle altre aree geografiche. — 3. Introduzione di regimi funzionali nel mare ed abbandono del principio di sovranità nella delimitazione di spazi marini. — 4. L'istituzione di organizzazioni internazionali come mezzo di soluzione del problema della gestione delle risorse biologiche e come fonte di norme efficaci verso gli Stati terzi. — 5. Gli effetti dei trattati in materia di pesca verso gli Stati terzi e la formazione di una nuova norma consuetudinaria.

1. La teoria classica del diritto internazionale poggia su alcuni principi fondamentali, tra cui la sovranità territoriale e l'inefficacia dei trattati verso i terzi, o meglio la necessità del consenso nei rapporti internazionali. Con sempre maggiore frequenza però attualmente essi sembrano messi in discussione soprattutto nel diritto del mare ed occorre pertanto riflettere sulla loro vigenza, proprio perché nel mare i tentativi di superamento di tali tradizionali principi appaiono più chiaramente.

Iniziando l'analisi dal principio di sovranità, è facile constatare che sin dalle origini del diritto internazionale esso ha rappresentato il cardine su cui poggia ogni ripartizione del territorio, del mare e dello spazio e mediante la sua applicazione venivano risolti i conflitti sulla ripartizione di spazi e risorse in tutte le epoche storiche. Nel diritto internazionale contemporaneo, nonostante la sua ancora indiscussa efficacia, in seguito ai mutamenti dell'attuale comunità internazionale, il principio della sovranità territoriale non appare in realtà più l'unico principio applicabile nella ricerca di possibili soluzioni in situazioni territoriali complesse.

Particolari difficoltà di applicazione del principio di sovranità territoriale si riscontrano oggi, come si è detto, prevalentemente nel mare, spazio nel quale sorgono frequentemente controversie concernenti o la delimitazione di zone contese tra due o più Stati o il regime di sfruttamento di risorse biologiche e minerali. Tali controversie in passato venivano risolte nella comunità internazionale attraverso un'attenta applicazione del principio

di sovranità territoriale, diversamente oggi sembra che alla loro soluzione possano meglio concorrere altri principi, quali quello della cooperazione internazionale o quello della tutela dell'ambiente marino nell'interesse dell'umanità.

Una conferma di ciò si ricava ad esempio dall'esame delle controversie che riguardano zone di mare, più o meno vicine alla costa di due Stati, particolarmente ricche di risorse biologiche per motivi diversi: geomorfologici, ambientali o altro ed oggetto di pretese convergenti e contrastanti degli Stati vicini. Le controversie in questione fino a tempi recenti sono state risolte attraverso o trattati bilaterali, che prevedevano il riconoscimento della sovranità di uno dei due Stati nel tratto di mare controverso e quindi lo sfruttamento delle risorse contese veniva effettuato da un unico Stato o, in caso di difficoltà di ripartizione, attraverso una sentenza internazionale (1), che ugualmente dava applicazione, sia pure mediante l'intervento di un terzo, al principio di sovranità territoriale.

Una prima rinuncia all'applicazione del principio di sovranità si è avuta quando si è preferito non ripartire le zone di mare contese tra due Stati interessati allo sfruttamento delle risorse biologiche in esse esistenti, ma se ne è previsto lo sfruttamento in comune istituendo zone comuni di pesca.

2. Le zone comuni di pesca attualmente esistenti sono molteplici e presentano configurazioni diverse, talvolta molto semplici come quelle previste in Europa, che non danno origine a nessun organo comune per la gestione e lo sfruttamento delle risorse. In altre zone geografiche invece la configurazione di zone comuni di pesca è stata frutto di negoziati molto laboriosi, in cui la rinuncia all'applicazione del principio di sovranità è stata talmente sofferta che solo attraverso la istituzione di organi comuni, che si frappongano tra le parti, gli Stati hanno ritenuto di potere garantire un'equa ripartizione delle risorse da sfruttare.

Per quanto concerne in particolare il Mediterraneo, zone comuni di pesca, peraltro dalla struttura molto semplice, sono

(1) Per un esame della giurisprudenza in materia si veda *Fifty Years of International Case Law on Fisheries*, U. Leanza, A. Del Vecchio (eds.), Napoli, 1997, pp. 13-45.

state istituite tra Italia e Iugoslavia (cui sono succedute Slovenia e Croazia), e tra Italia e Francia.

La zona comune di pesca italo-iugoslava è stata stabilita, dopo numerosi incidenti di pesca (2) con lo scambio di note tra l'Italia e la Iugoslavia del 18 febbraio 1983 nel Golfo di Trieste (3). Essa rappresenta una soluzione del problema della pesca in zone di mare in cui, prima del Trattato di Osimo del 1975 (4), che all'art. 2 delimita la frontiera marittima dei due Stati, si sovrapponevano le acque territoriali italiane ed iugoslave. Poiché in tali aree marine dai confini un tempo non ben definiti pescavano di fatto i pescherecci di entrambi gli Stati, la zona di pesca comune è servita ad istituzionalizzare ciò che di fatto era la realtà e così ufficialmente nella zona di pesca comune tra Italia e Iugoslavia è stata permessa l'attività ai pescherecci appartenenti ad entrambi gli Stati « sulla base delle rispettive regolamentazioni » (5) e la sua delimitazione è stata tracciata a cavallo della linea di frontiera marittima tra i due Stati, rientrando per circa un terzo nelle acque territoriali iugoslave e per circa due terzi nelle acque territoriali italiane. La suddivisione in parti non omogenee della zona è dovuta alla circostanza che la maggiore ampiezza della parte italiana è compensata dalla maggiore pescosità delle acque situate in zona iugoslava.

Con la dissoluzione della Repubblica socialista federativa di Iugoslavia, attualmente la zona di pesca sarebbe divenuta comu-

---

(2) Si veda in proposito N. RONZITTI, *Le zone di pesca nel Mediterraneo e la tutela degli interessi italiani*, in *Suppl. Riv. marittima*, 1999, p. 29.

(3) Lo scambio di note è stato reso esecutivo in Italia con l. 2 marzo 1987, n. 107, pubblicata in *G.U.* 25 marzo 1987, n. 70 suppl. L'istituzione di una zona di pesca comune italo-iugoslava non costituisce peraltro un fatto nuovo per i due Paesi, perché già nel 1921 venne concluso a Brioni un accordo tra il Regno d'Italia ed il Regno dei serbi-croati-sloveni, in base al quale fu istituita una zona di pesca comune nelle acque del Golfo di Fiume, i canali di Veglia, di Corsa e di Zara, il Quarnerolo e le acque comprese fra Curzola e Lagosta. Successivamente nel trattato bilaterale di pesca del 1973 l'art. 15 prevedeva che la zona centrale del Golfo di Trieste, particolarmente pescosa, fosse una zona comune di pesca per i pescatori italiani e jugoslavi.

(4) Il Trattato di Osimo del 10 novembre 1975 è stato reso esecutivo in Italia con l. 14 marzo 1977, pubbl. in *G.U.* 21 marzo 1977, n. 77.

(5) Cfr. par. *b* dell'accordo del 1983. Su tale accordo si veda l'approfondito articolo di L. MIGLIORINO, *L'accordo italo-jugoslavo del 1983 sull'istituzione di una zona di pesca nel Golfo di Trieste*, in *RDI*, 1987, p. 344 ss.

ne a tre Stati, in quanto nel versante iugoslavo la maggior parte delle acque rientra nella competenza della Slovenia ed una piccola parte in quella della Croazia. In mancanza di espresse dichiarazioni di volontà dei nuovi Stati dirette a continuare il regime precedente, la pesca nella zona comune nel Golfo di Trieste è stata di fatto ufficialmente sospesa, anche se l'attività probabilmente continua da entrambe le parti.

L'altra zona di pesca comune nel Mediterraneo è quella costituita tra Italia e Francia nelle Bocche di Bonifacio. È una piccola zona di forma quadrata, stabilita nella Convenzione relativa alla delimitazione delle frontiere marittime nell'area delle Bocche di Bonifacio del 28 novembre 1986 (6), in cui all'art. 2 si dichiara: « Al fine di evitare che la presente Convenzione possa portare pregiudizio alle consuetudini di pesca dei pescatori di professione dei due Paesi, le parti convengono, a titolo di intesa di vicinato, di lasciare che i battelli di pesca costiera italiani e francesi continuino a svolgere l'attività sui luoghi di pesca tradizionali situati all'interno di una zona definita ».

L'area in questione è sempre stata frequentata dai pescatori di entrambi gli Stati, i quali quindi possono vantare in essa diritti storici di pesca ed anche in questo caso la convenzione ha solo reso lecita per entrambe le parti un'attività da sempre svolta pacificamente in comune. Anche nella fase attuale non si registrano conflitti al riguardo.

Un'altra zona comune europea è stata istituita in una piccola zona del Golfo di Guascogna, nella baia di Higuer. Essa rappresenta in realtà una sorta di reminiscenza di epoche storiche passate, perché venne delimitata la prima volta nella Pace dei Pirenei, ma è stata riconfermata nella convenzione del 14 luglio 1959 concernente la pesca nella baia di Higuer. Le acque della baia sono divise, come prevede il trattato, « *desde el punto de vi-*

---

(6) La convenzione è entrata in vigore il 15 maggio 1989 ed è stata resa esecutiva in Italia con l. n. 59 dell'11 febbraio 1989, pubbl. in *G.U.* n. 48 suppl. ord. del 27 febbraio 1989. Si veda D. VIGNES, *La Convention franco-italienne du 28 novembre 1986 relative à la délimitation des frontières maritimes dans la region des Bouches de Bonifacio*, in *I rapporti di vicinato tra Italia e Francia*, A. De Guttry, N. Ronzitti (eds.), Padova, 1994, p. 93 ss.; I. CASTANGIA, *Il regime giuridico internazionale delle Bocche di Bonifacio*, Padova, 2000.

sta jurisdiccional » in tre zone: una di giurisdizione esclusiva spagnola, una francese ed una comune (7).

Esistono infine in Europa del Nord due zone comuni di pesca: una priva di organi comuni denominata Area Speciale, stabilita tra Danimarca e governo delle isole Faroe da una parte e Regno Unito dall'altra con il trattato del 18 maggio 1999. In tale Area sono state previste zone di pesca rispettivamente per ognuna delle Parti ed entro le quali esse esercitano diritti sovrani e competenze secondo le norme internazionali vigenti in materia. Peraltro nell'esercizio di tali diritti e competenze ciascuna delle Parti si deve astenere dal compiere attività diverse dalla pesca, senza il consenso dell'altra Parte, e soprattutto in materia di tutela dell'ambiente marino hanno il dovere di cooperare tra loro (8).

Per l'altra zona comune di pesca, denominata Settore ed istituita con il trattato del 4 luglio 2000 tra Francia e Regno Unito per la protezione delle risorse alieutiche esistenti nella regione tra l'isola di Jersey e le coste francesi della baia di Granville è stata invece prevista una Commissione amministrativa mista con il compito principale di assicurare la conservazione e la gestione delle risorse del Settore.

Tranne quest'ultima zona, tutte le zone comuni di pesca europee considerate sinora sono state istituite in base a trattati bilaterali tra i due Stati confinanti e, come si è notato, non hanno dato origine a nessun organo per la gestione in comune delle risorse ittiche, probabilmente perché disciplinano situazioni locali e settori di pesca divenuti ormai per lunga tradizione comuni. La medesima situazione si verifica raramente in zone comuni di pesca costituite in altri mari, forse proprio a causa dell'alta conflittualità, che quasi sempre contraddistingue gli spazi marini nei quali esse vengono ad operare.

Di certo una delle più citate è quella istituita in un'area che è stata scenario di una recente guerra internazionale, e cioè la zona comune di pesca concordata tra Argentina e Regno Unito al largo delle isole Falkland.

---

(7) Per notizie storiche della zona e per la mappa dell'intera Baia di Fuenterrabia si veda J.M. CORDERO TORRES, *Fronteras Hispanicas. Geografia e historia, diplomacia y administración*, Madrid, 1960, pp. 207-210.

(8) Cfr. artt. 3 e 7 del trattato del 18 maggio 1999.

Come è noto, con l'obiettivo di controllare la pesca e conservare gli *stocks* di pesci in essa esistenti, al termine delle ostilità con l'Argentina il Regno Unito aveva unilateralmente, nel 1986, istituita la *Falklands Islands Interim Conservation and Management Zone* (FICZ) di circa 150 miglia marine (9), nella quale erano autorizzati a pescare oltre ai pescherecci inglesi, quelli di alcuni Paesi dell'Europa dell'Est, del Giappone, della Corea del Sud, di Taiwan e della Spagna. Ma, a causa del sovrasfruttamento esercitato nelle acque della FICZ molti *stocks* di pesce migrarono nella zona economica esclusiva argentina, vanificando in tal modo le misure di gestione degli inglesi e rendendo necessario il coordinamento con le autorità argentine. Si giunse così al *Joint Statement on the Conservation of Fisheries between Argentina and United Kingdom* del 28 novembre 1990 (10), nel quale, lasciando impregiudicata la questione della sovranità o della competenza marittima o territoriale sulle Falklands e sulle aree marine adiacenti, si istituiva una zona di cooperazione per la conservazione degli *stocks* di pesce nell'Atlantico del Sud tra le latitudini di 45° S e 60° S.

Allo scopo poi di imporre « *temporary total prohibition of commercial fishing of any flag* », di raccogliere informazioni e dati riguardanti le attività delle flotte di pesca nonché il volume delle catture, di proporre ai due governi progetti comuni di ricerca scientifica, di raccomandare ad entrambi i governi misure per la conservazione delle specie migranti e degli *straddlingstocks* ed infine di controllare anche il rispetto del divieto di pesca, il *Joint Statement* previde l'istituzione della Commissione per la pesca nell'Atlantico del Sud (*South Atlantic Fisheries Commission* SAFC), composta da una delegazione di ciascuna parte (11).

Dopo una serie di incontri anglo-argentini successivi al *Joint Statement* il 20 dicembre 1990 il Governatore delle Falklands emanò un Proclama in cui si stabiliva una *Outer Fishing*

---

(9) Cfr. P. ARMSTRONG-V. FORBES, *The Falkland Islands and their Adjacent Maritime Area*, in *Maritime Briefing*, International Boundaries Research Unit, Durham, 1997, vol. 2, n. 3, p. 13.

(10) Per il testo dell'accordo cfr. (1991) 17 *Law of the Sea Bulletin*, p. 22 ss.

(11) Si veda R. GOY, *L'affaire des Falklands: du conflit à une coopération en mer*, in *Collection espaces et ressources maritimes*, Paris, 1996, n. 10, p. 277 ss.

Conservation Zone (OFCZ) della stessa estensione della suddetta zona, in cui veniva proibito lo sfruttamento delle risorse biologiche. Tale divieto è terminato alla fine del 1993 e soltanto limitate operazioni di pesca sono permesse da allora.

Il 22 agosto 1994 il Governatore delle Falklands ha emanato un ulteriore proclama, in cui si estendeva ancora in parte la OFCZ. La nuova zona, denominata GAP, benché piccola, è importante in quanto rimane nella rotta di migrazione di importanti specie ittiche, ma anche se lo scopo era quello di controllare la conservazione delle risorse alieutiche, concordata nel *Joint Statement* del 1990, l'Argentina ha protestato vivacemente contro tale proclama, perché il GAP è considerato una zona in cui l'Argentina « *has exercised, exercises and will continue to exercise sovereign rights, particularly in respect of the administration and control of fisheries* » (12).

Come è possibile notare, con l'istituzione della zona comune di pesca al largo delle isole Falkland non si è inteso superare le precedenti pretese di sovranità, ma soltanto prevedere un sistema di tutela di quelle specie che, nell'area dell'Atlantico del Sud e durante il loro ciclo vitale, si spostano da acque controllate dagli Stati costieri ad acque dell'alto mare, in cui è ben difficile limitare l'esercizio della pesca da parte di Stati terzi. Il mancato rispetto da parte degli Stati terzi delle norme emesse per la salvaguardia delle specie marine e per la gestione del loro sfruttamento è infatti il principale problema che si pone attualmente alla comunità internazionale nella tutela delle risorse biologiche marine, tutela che fa superare nell'interesse comune anche le pretese di applicazione del tradizionale principio di sovranità.

Nonostante le controversie, motivate dal non risolto conflitto sulla sovranità delle isole in questione, l'Argentina e il Regno Unito hanno dunque dimostrato, rinunciando a far valere le rispettive pretese di sovranità, di poter sviluppare una cooperazione che tiene conto dei reciproci interessi e contemporaneamente permette uno sfruttamento equilibrato delle risorse biologiche (13).

Un'altra vasta area nella quale esistono conflitti di sovranità

---

(12) Vedi la protesta argentina del 22 agosto 1994 inviata all'Ambasciata del Regno Unito in (1995) 27 *Law of the Sea Bulletin*, p. 81.

(13) Si veda C. WARBRICK-D. MCGOLDRICK, *Fakland Islands - Maritime ju-*

e di competenza dovuti a motivi storici e politici che si riverberano anche nel regime di sfruttamento delle risorse alieutiche è il Mar del Giappone e di Okhotsk. In tale area il Giappone è lo Stato protagonista nelle vicende della pesca e nelle connesse difficoltà di gestione con gli altri Stati: sia con la Russia attuale e prima con l'URSS, sia con la Corea del Sud, sia infine con la Corea del Nord.

Soltanto però con la Corea del Sud, dopo un periodo di contenzioso duro ed occasionalmente violento nell'immediato dopoguerra e dopo lunghi anni di negoziato, nel 1965 il Giappone è riuscito a concludere un trattato bilaterale, in cui si prevedevano *Joint regulation zones*. In esse il Giappone e la Corea del Sud venivano autorizzati a prendere misure limitanti il numero e il tonnellaggio dei pescherecci interessati e per la gestione delle risorse si istituiva una Commissione bilaterale di pesca incaricata di adottare misure di regolamentazione e di garanzia per la sicurezza della pesca, nonché norme generali idonee a risolvere eventuali incidenti coinvolgenti navi da pesca (14).

L'evoluzione delle relazioni bilaterali dei due Stati e i progressi tecnologici recepiti dalle due flotte di pesca hanno tuttavia reso difficile il rispetto di tutte le norme del trattato bilaterale, ma per entrambi gli Stati è comunque vivo il convincimento che il trattato del 1965 non potrà considerarsi estinto, finché un nuovo accordo non sarà raggiunto.

Una zona particolare, diversa dalla precedente, di gestione comune, che non sarebbe corretto definire soltanto di pesca, ma nella quale i conflitti in materia di sovranità sono stati risolti non con la suddivisione in zone sottoposte alla sovranità di una e dell'altra parte, bensì con la ripartizione delle risorse naturali, è quella prevista nell'Asia Sud-orientale, tra l'Australia e l'Indonesia. Nel trattato del 14 marzo 1997 (*Perth Treaty*) si istituisce infatti un'area di sovrapposte competenze (*overlapping jurisdiction*) (15): negli spazi marini, in cui l'area di zona economica

---

risdiction and Co-operative Arrangements with Argentina, in *ICLQ*, 1997, p. 463 ss.; R. GOY, *op. cit.*, p. 278 ss.

(14) Cfr. artt. 2 e 3 del *Japanese-South Korean Fisheries Agreement*. Per il testo del trattato vedi *Japanes Annual of International Law*, 1966, vol. 10.

(15) Il testo del Trattato tra l'Australia e l'Indonesia *Establishing an Exclusive Economic Zone Boundary and Certain Seabed Boundaries* è pubblicato in

esclusiva di una delle parti (Indonesia) si sovrappone all'area di piattaforma continentale dell'altra parte (Australia), lo sfruttamento delle risorse viventi esistenti nelle acque sovrastanti il fondo marino spetta alla prima (Indonesia), mentre la seconda (Australia) gode dei diritti di sfruttamento delle risorse minerali esistenti nel fondo e sottosuolo marino. Non è certo un'area di ripartizione delle specie da pescare, né un'area di suddivisione in zone di competenza in materia di pesca tra l'una e l'altra parte, ma è sicuramente un'area in cui le pretese di sovranità sono, per così dire, pretermesse e si prevede uno sfruttamento funzionale congiunto di risorse: le risorse alieutiche di competenza dell'Indonesia e le risorse minerali di competenza dell'Australia. A tal fine l'art. 7 del trattato di Perth indica in maniera dettagliata i diritti goduti da ciascuna parte e le modalità di esercizio (necessità di preavvisi per attività che possano in qualche modo coinvolgere le attività dell'altra parte, tempi di attesa prima di iniziare determinate attività ecc.) così da evitare anticipatamente il sorgere di futuri conflitti. Ma soprattutto, sempre nello stesso articolo, si impone sia il divieto di esercitare i propri diritti in un modo che possa « *unduly inhibits* » l'esercizio delle competenze dell'altra parte, sia il dovere di cooperare nell'esercizio delle rispettive competenze (16).

Inoltre nel medesimo trattato, all'art. 8, si riconosce che nessuna disposizione contenuta nel trattato di Perth può modificare i diritti e gli obblighi dell'altra parte nella ben nota Zona di cooperazione istituita nel Mar di Timor con il trattato dell'11 dicembre 1989 (17) detto comunemente *Timor Gap Agreement* tra Australia ed Indonesia. In esso è stabilita una Zona di Coopera-

---

Ocean Development and International Law, 1998, p. 382 ss. Si veda FORBES-AUBURN, *The Timor Gap Zone of Cooperation*, in *Maritime Briefing*, International Boundaries Research Unit, Durham, 1991, vol. 9; M. HERRIMAN-M. TSAMENY, *The 1997 Australia-Indonesia Maritime Boundary Treaty: A Secure Legal Regime for Offshore Resource Development?*, *ibidem*, p. 361 ss.

(16) Cfr. art. 7 (m) e (n).

(17) Il trattato tra l'Australia e la Repubblica di Indonesia su *the Zone of Cooperation in the area of the Indonesian Province of East Timor and Northern Australia* è pubblicato in *United Nations Treaty Series*, vol. 1654 ed è entrato in vigore l'11 febbraio 1991. Con nota verbale del 10 febbraio 2000 l'*United Nations Transitional Administration in East Timor* (UNTAET) comunica alla Missione australiana ad East Timor che tutti i diritti e gli obblighi derivanti dal Trattato Timor

zione (ZOC) con una complessa amministrazione articolata su due livelli: il *Ministerial Council* e una *Joint Development Authority* (18) per lo sfruttamento congiunto delle risorse minerali e, solo in minima parte in base al *Memorandum* del 1981 tra Indonesia e Australia, delle risorse biologiche (19).

Le due aree sopra citate sono entrambe zone nelle quali i conflitti tra i due Stati interessati in tempi passati sarebbero stati risolti con l'applicazione del principio di sovranità, mentre oggi si può constatare come il principio di sovranità resti sempre nello sfondo, ma non si faccia ricorso ad esso per la soluzione del conflitto, ma piuttosto, ad esempio, al principio dello sfruttamento funzionale delle risorse o anche al principio della cooperazione internazionale.

Sempre l'Australia ha istituito con Papua Nuova Guinea una particolare *Zona Protetta* comune nello Stretto di Torres con il trattato firmato il 18 dicembre 1978, ma entrato in vigore soltanto il 15 febbraio 1985. In esso nella Parte 4 si stabilisce una zona protetta che comprende tutte le terre, il mare, il fondo del mare ed il suo sottosuolo, lo spazio aereo con lo scopo di portare a conoscenza e proteggere i tradizionali modi di vivere delle popolazioni locali, in particolare i loro sistemi di pesca tradizionali e la libertà di movimento (20). Per quanto riguarda specificatamente la pesca è stata istituita anche una *Zona protetta commerciale per le pescherie* relativa alla pesca di quegli *stocks* di pe-

---

Gap precedentemente esercitati dall'Indonesia sono esercitati dall'UNTAET, cfr. (2000) 42 *Law of the Sea Bulletin*, p. 175.

In base al trattato in questione la Zona di Cooperazione è divisa in tre Aree. Nell'Area A i benefici ricavati allo sviluppo dell'Area devono essere equamente divisi tra l'Australia e prima l'Indonesia, ora l'UNTAET; nell'Area B si applica l'ordinamento australiano, con l'obbligo di trasmettere il 10% delle tasse ricavate all'Indonesia; nell'Area C si applicano le norme fissate dall'UNTAET con l'obbligo di trasmettere il 10% delle tasse ricavate all'Australia. La zona congiunta di pesca sarebbe a cavallo tra la Zona A e la Zona B. Si veda al riguardo M. MIYOSHI, *The Joint Development of Offshore Oil and Gas in Relation to Maritime Boundary Delimitation*, in Maritime Briefing, International Boundaries Research Unit, Durham, 1999, vol. 2, n. 5, p. 17 ss.

(18) Cfr. artt. 5-10 del trattato.

(19) Per il testo del *Memorandum* cfr. J.I. CHARNEY-L.M. ALEXANDER (eds.), *International Maritime Boundaries*, Dordrecht-Boston-London 1998, vol. II, p. 1229 ss.

(20) Cfr. art. 10 del Trattato del 18 dicembre 1978.

sce, che sostanzialmente vivono nelle acque della Zona protetta, ma che possono anche allontanarsi in aree di mare vicine (21).

Più in particolare, i tradizionali modi di accesso e le consuetudini di uso riguardanti tutti gli spazi compresi nella Zona protetta sono tutelati nell'art. 12 del trattato e entrambe le Parti concordano nel permettere l'esercizio di tali diritti consuetudinari agli abitanti che vivono nella zona o in prossimità della zona protetta senza differenza di appartenenza all'uno o all'altro Stato. Il *Torres Strait Joint Advisory Council* è stato proprio previsto per lo studio dei problemi locali, per raccomandare alle parti ogni misura atta alla tutela e protezione del tradizionale modo di vivere delle popolazioni locali, nonché per rivedere di tempo in tempo l'effettiva esecuzione del trattato. Anche in questo caso non si è data formale applicazione al principio di sovranità, ma, prescindendo da esso, si è tentato di salvaguardare un *habitat* umano, culturale ed ambientale di tipo particolare.

Anche nell'area geografica americana esistono spazi marini in cui si è preferito, invece di applicare il principio di sovranità, istituire zone comuni di pesca ed al riguardo può essere citata l'*Area di Regime Comune* (*Joint Regime Area*) istituita tra Colombia e Jamaica con il trattato del 12 novembre 1993, con lo scopo di creare una zona di amministrazione, controllo e sfruttamento comune delle risorse viventi e non viventi esistenti nella zona (22). Le parti del trattato si sono concordate nell'istituire anche una Commissione congiunta per raccomandare le misure ed il controllo delle attività di sfruttamento delle risorse della zona.

Nella medesima area geografica un'altra zona comune di pesca è quella concordata tra Trinidad e Tobago e Venezuela con il trattato del 18 dicembre 1997, in cui l'attività della pesca è permessa a tutti i pescherecci degli Stati parti, nell'area a sud di Trinidad e Tobago e a nord del Venezuela, senza neanche la necessità di licenze di pesca concesse dall'altra parte. Per l'esecuzione del trattato anche in tale caso è prevista una Commissione per le pescherie composta da entrambe le parti, allo scopo di raccomandare e coordinare misure riguardanti la gestione e la

---

(21) Cfr. Parte V, art. 20 del trattato del 18 dicembre 1978.

(22) Cfr. (1994) 26 *Law of the Sea Bulletin*, p. 50 ss.

conservazione delle risorse biologiche della zona e di indicare programmi di gestione comuni e di cooperazione tecnica.

Infine nell'area geografica africana nella fase attuale è possibile segnalare una zona comune di sfruttamento sia per le risorse alieutiche sia per le risorse minerali, istituita tra Giunea-Bissau e Senegal tra gli *azimut* 268° e 220° tracciati a partire dal Capo Roxo. Con il trattato del 14 ottobre 1993 le due Parti si impegnano a sfruttare in comune la zona di mare suddetta, posta oltre il proprio mare territoriale, nella quale la divisione delle risorse biologiche della zona deve essere fatta secondo una proporzione del 50% per ognuno degli Stati, mentre per le risorse della piattaforma continentale la proporzione è per il Senegal dell'85% e per la Giunea-Bissau del 15% (23). Contestualmente le parti convengono altresì di istituire un'Agenzia internazionale per la sfruttamento della zona, che subentri alla Giunea-Bissau ed al Senegal nell'esercizio dei diritti e doveri spettanti ai due Stati e relativi allo sfruttamento delle risorse della zona comune, con la consueta clausola peraltro di salvaguardia dei diritti di sovranità anteriormente vantati dalle parti. L'Agenzia è stata istituita successivamente con il protocollo del 12 giugno 1996 e le si è attribuita l'esclusività dei diritti in materia di pesca e di sfruttamento delle risorse minerali, nonché un'articolata struttura, composta dall'Alta Autorità, dal Segretariato generale, dall'Impresa.

3. Come si è potuto osservare, in tutte le zone comuni di pesca sinora esaminate l'applicazione del principio di sovranità territoriale e la tradizionale ripartizione del territorio, del mare e dello spazio effettuata in base ad esso non occupano più un ruolo centrale nella soluzione dei conflitti di interessi.

Lo sviluppo della comunità internazionale e degli strumenti tecnologici impiegati nello sfruttamento delle risorse marine hanno dimostrato con sempre maggiore efficacia che i trattati bilaterali di delimitazione di aree di esclusiva competenza degli Stati o di aree di gestione comune non servono a risolvere in modo definitivo diversi problemi, tra cui ad esempio il problema

---

(23) Si veda al riguardo A. TAVARES DE PINHO, *Note sur l'agence établie par le Sénégal et la Guinée-Bissau pour la gestion d'une zone maritime*, in *Collection espaces et ressources maritimes*, Paris, 1996, n. 10, p. 254 ss.

del sovrasfruttamento delle risorse biologiche, o a coniugare tra loro la tutela dell'ambiente, il principio dello sviluppo sostenibile e il soddisfacimento delle pressanti esigenze degli Stati. Già da qualche tempo sta così acquistando consensi il convincimento che piuttosto che proporre la delimitazione degli spazi e la fissazione di confini marini, secondo le logiche tradizionali di applicazione del principio di sovranità, occorra soprassedere ai conflitti in materia di sovranità e preferire un approccio funzionale o più precisamente optare per regimi funzionali per lo sfruttamento delle risorse marine e contemporaneamente per la tutela dell'ambiente (24).

È poi proprio in un periodo di crisi, come l'attuale, del concetto di Stato sovrano inteso in senso tradizionale che è possibile superare i problemi della suddivisione di spazi marini, in particolare di zone di mare particolarmente pescose, attraverso un sistema di competenze svolte in funzione di determinate attività, spettanti in precedenza in maniera esclusiva agli Stati. Si starebbe infatti tentando, nel diritto del mare, di procedere ad un processo ridistributivo delle funzioni statali giustificato dal convincimento che lo sfruttamento ragionevole delle risorse costituisce interesse di tutta la comunità internazionali e quindi che una gestione comune delle stesse, e non più di due o pochi più Stati, è nell'interesse dell'umanità, il quale deve prevalere sull'interesse del singolo Stato.

Del resto la volontà di svolgere in comune determinate attività è, in taluni casi, imposta dall'interdipendenza delle diverse soggettività statali e dal fine di raggiungere determinati obiettivi sociali, economici, culturali, ecc. Ciò starebbe portando al superamento del principio di esclusività degli ordinamenti statali attraverso un diffuso fenomeno di delega ad organizzazioni internazionali ed avrebbe anche dato origine ad una situazione in cui esistono tanti ordinamenti giuridici tra di loro talvolta in concor-

---

(24) Si veda J.I. CHARNEY, *Introduction*, in J.I. CHARNEY-L.M. ALEXANDER (eds.), *International Maritime Boundaries*, cit., p. XXV; B. CONFORTI, *Il regime giuridico dei mari*, Napoli, 1957, p. 158 ss.; D.M. JOHNSTON, *The Theory and History of Ocean Boundary-Making*, 1988; U. LEANZA, *Il diritto degli spazi internazionali*, Torino, 1999, parte I, p. 25 ss.; L. JUDA, *Considerations in Developing a Functional Approach to the Governance of Large Marine Ecosystems*, in *Ocean Development and International Law*, 1999, pp. 89-125.

renza e talvolta in parte sovrapposti (25). Il fenomeno del pluralismo giuridico prodotto dal deferimento di poteri statali alle organizzazioni internazionali istituite in base ad un patto di « autolimitazione » degli Stati starebbe quindi mutando la struttura della comunità internazionale e giustificando altresì tentativi di gestione comune di beni, una volta oggetto di conflitti.

4. Questa linea di tendenza, superata la fase degli accordi bilaterali, in cui i problemi della pesca venivano risolti dando applicazione al principio di sovranità, attraverso la ricerca di soluzioni funzionali non ancorate al medesimo principio, ha favorito l'applicazione degli artt. 118 e 119 della Convenzione delle Nazioni Unite del 1982 riguardanti la cooperazione degli Stati alla conservazione e gestione delle risorse biologiche. È noto che da tali norme scaturiscono due principi fondamentali, i quali attualmente costituiscono il *leit-motiv* del regime della pesca in alto mare: l'obbligo di tutti gli Stati di cooperare alla gestione e conservazione delle risorse biologiche marine attraverso l'istituzione di organizzazioni regionali o subregionali, e la necessità dell'adozione di forme concrete di controllo, al fine di assicurare il rispetto delle misure di conservazione e di gestione delle risorse (26).

---

(25) Cfr. J. CHEVALLIER, *Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique*, in *Rev. droit public*, 1998, p. 659; S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo* (a cura di Chiti e Greco), Milano, 1997, pp. 4-5.

(26) A tale scopo, proprio nel tentativo di regolamentare la pesca nelle acque dell'alto mare nel Mediterraneo, senza estendere la competenza degli Stati attraverso la costituzione ad esempio di zone economiche esclusive, l'Unione europea ha indetto due Conferenze diplomatiche sulla conservazione e gestione delle risorse alieutiche nel Mediterraneo: una il 10-12 dicembre 1994 a Creta e l'altra il 27-29 novembre 1996 a Venezia con l'intento di giungere ad una soluzione comunemente condivisa della gestione della pesca, coinvolgendo globalmente tutti gli Stati sia comunitari, sia extracomunitari costieri ed anche non costieri, come il Giappone e la Corea del Sud particolarmente interessati alla pesca in tale mare. Si veda al riguardo G. CATALDI, *La Conférence sur la conservation et la gestion des ressources halieutiques en Méditerranée: vers l'établissement d'une politique commune de la pêche par les Etats côtiers de cette mer? Une initiative communautaire*, in *Collection espaces et ressources maritimes*, Paris, 1994, n. 8, p. 220 ss.; A. DEL VECCHIO, *La réglementation de la pêche en Méditerranée dans le contexte du droit international*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1998, p. 13 ss.

Muovendosi in tale direzione gli Stati, rinunciando all'applicazione del principio di sovranità e quindi ad un'estensione della propria sovranità sugli spazi marini, hanno tentato di risolvere i problemi della pesca istituendo, tra l'altro, zone di protezione, cioè zone nelle quali si attua una cooperazione regionale in materia ambientale. Così infatti nel Santuario per la protezione dei mammiferi marini, previsto nel Mare ligure-provenzale dall'accordo del 25 novembre 1999 tra Italia, Francia e Principato di Monaco, le parti si impegnano ad adottare in tutte le aree marittime indicate nell'accordo — acque interne marittime, zone di mare territoriale e zone di alto mare — misure appropriate a proteggere da ogni tipo di attività nociva l'*habitat* dei mammiferi marini, che, per motivi ambientali favorevoli, si concentrano in esse.

Ugualmente per la gestione comune e cooperazione nel campo della tutela ambientale e delle biodiversità si sta tentando di costituire, sempre nel Mediterraneo, zone protette (*Specially Protected Areas*: SPAMI), secondo quanto previsto dal Protocollo adottato il 10 giugno 1995 dalla Conferenza diplomatica per la protezione del Mediterraneo dall'inquinamento tenuta a Barcellona in quel periodo.

Gli esempi sopra riportati, insieme alle zone comuni di pesca, stanno dunque a dimostrare la volontà di procedere ad un processo ridistributivo-funzionale dei poteri statali, nel convincimento che uno sfruttamento effettuato in comune, attento e rispettoso dei principi di tutela ambientale e di sviluppo sostenibile delle risorse, è nell'interesse di tutti gli Stati e non solo di quelli costieri, in quanto le risorse biologiche appartengono al patrimonio comune dell'umanità. In altri termini, viene concordata una gestione funzionale dello sfruttamento delle risorse biologiche affidata non più solo ai due Stati confinanti, ma a tutti quegli Stati, che sono ad esse interessati e che possono stabilire congiuntamente norme efficaci per il raggiungimento di uno sfruttamento equilibrato delle risorse stesse.

Si spiegano così l'accresciuto numero e l'importanza delle organizzazioni internazionali di settore in tutti i mari del mondo, che rappresentano il segno evidente della volontà degli Stati di svolgere in comune le attività di sfruttamento delle risorse alieutiche, ed attraverso le quali si dà esecuzione al generale principio di cooperazione internazionale sancito non solo nella Conven-

zione di Montego Bay del 1982, che rappresenta il trattato fondamentale del diritto del mare, ma anche in tutti i più recenti atti internazionali in materia. Ed infatti, autorizzate dalla volontà degli Stati membri ad emanare disposizioni contenenti misure tecniche diverse, quali ad esempio: la taglia delle specie catturabili, la larghezza delle maglie delle reti, la fissazione delle quote ammissibili di cattura, la loro ripartizione tra le parti contraenti, i periodi di pesca e così via, le organizzazioni internazionali istituite nel settore della pesca impongono il rispetto di tali disposizioni a tutti i pescherecci operanti nella zona di competenza e non solo a quelli degli Stati costieri interessati.

Dalla prassi sopra esaminata emerge con evidenza il problema di fondo, che interessa tutte le norme emanate per disciplinare la pesca sia in seno ad organizzazioni internazionali, sia nei grandi trattati multilaterali, e che riguarda la questione di come tali norme possano acquistare efficacia anche nei confronti di quegli Stati, che non hanno manifestato il proprio consenso al riguardo.

In altri termini, l'interrogativo che si pone è come il brocardo *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* possa trovare applicazione nel caso in cui siano previsti obblighi a carico di quegli Stati che non sono parti di quei trattati, che costituiscono appunto la fonte di tali obblighi. È ampiamente condivisa la convinzione, del resto, che nel diritto internazionale tradizionale il principio è « *so fundamental, self-evident and well-known, that they really do not require the citation of much authority in their support* » (27).

Ciò nonostante nell'attuale comunità internazionale il dubbio sorge sempre quando si consideri che sia le norme contenute nei trattati multilaterali conclusi sul diritto del mare, come ad esempio la Convenzione delle Nazioni Unite del 1982 e la Convenzione di applicazione della stessa, relativa alla conservazione e gestione degli *straddling stocks* e dei grandi migratori del 1995 (28), sia le norme emesse dalle numerose organizzazioni in-

---

(27) Si esprime in tal modo G. FITZMAURICE, *Fifthy Report on the Law of Treaties*, in *YILC*, 1960, II, p. 84, par. 10.

(28) Nella Convenzione di New York del 1995 gli articoli che impongono obblighi anche a Stati terzi sono: 8 (3-4); 17 (1-3); 21; 23 (1-2); 33. Si veda anche tra gli altri accordi multilaterali la *Convention on Future Multilateral Cooperation in The North-Est Atlantic* (art. 8) e la *Convention on the Conservation and Man-*

ternazionali competenti in materia di pesca, sia le norme emanate dagli Stati che disciplinano la pesca in comune in talune zone di mare poste oltre il mare territoriale, devono essere rispettate anche dagli Stati terzi.

Un tentativo di risolvere il problema in senso tradizionale è stato fatto ricorrendo, sia pur parzialmente, all'applicazione del principio di sovranità. È infatti per far rispettare anche da parte degli Stati terzi le disposizioni formulate per la tutela delle specie a rischio di estinzione che, ad esempio, il Governatore delle isole Falklands il 20 dicembre 1990 emanò il Proclama in cui si stabiliva una *Outer Fishing Conservation Zone* (OFCZ) della stessa estensione della zona comune di pesca con l'Argentina, in modo che il divieto di pesca potesse essere fatto rispettare attraverso un sistema di controlli e di sanzioni riferibile solo ad uno Stato che vantasse giurisdizione in proposito.

Le medesime intenzioni hanno probabilmente mosso la Spagna nel Mediterraneo, quando ha istituito una zona di protezione della pesca nel 1997 (29), allo scopo dichiarato di evitare lo sfruttamento incontrollato delle risorse biologiche marine effettuato in larga misura da navi di Stati non mediterranei in alto mare. In mancanza infatti di zone economiche esclusive nel Mediterraneo, gli Stati costieri, soprattutto comunitari, avvertono fortemente le difficoltà di applicare, oltre i limiti delle dodici miglia di mare territoriale, alle navi non battenti bandiera nazionale le misure di conservazione e gestione sia nazionali, sia comunitarie, sia di altre organizzazioni internazionali (CGPM e ICCAT) adottate a tutela di specie, quali il tonno rosso, intensivamente sfruttate.

Ma la soluzione del problema dell'efficacia dei trattati verso i terzi, individuata da alcuni Stati (30) mediante l'estensione della competenza statale in spazi marini posti oltre il mare territo-

---

agement of Highly Migratory Fish Stocks in the Western and Central Pacific Ocean (Part X, art. 32) (consultabile nel sito Internet: http://www.oceanlaw.net/texts/-summaries).

(29) Cfr. Real Decreto n. 1315/1997. Si veda al riguardo V.L. GUTIÉRREZ CASTILLO-E. VASQUEZ GÒMEZ, *La zone de protection de la pêche établie par l'Espagne en Méditerranée*, in *Espaces et ressources maritimes*, 1999-2000, p. 207 ss.

(30) Oltre alla Spagna ed alle isole Falklands, intenzioni pressocché simili hanno dichiarato anche il Cile con le due leggi del 1991 (19.079 e 19.080), il Canada con la l. del 12 maggio 1994, l'Argentina con la l. 14 agosto 1991. In proposito

riale, è in contrasto con l'evoluzione del diritto del mare, che contrappone, con sempre maggiore frequenza, alla sovranità degli Stati e quindi ai fenomeni di *creeping jurisdiction* il principio secondo il quale le risorse dell'alto mare appartengono al patrimonio comune dell'umanità. Del resto, anche con l'estensione della sovranità degli Stati non si risolverebbe il problema particolare dell'efficacia delle norme emanate dalle organizzazioni internazionali e valide in zone di alto mare non sottoposte alla sovranità degli Stati ed ai loro poteri di controllo e di esecuzione. In realtà tali norme si configurano come clausole di autolimitazione, adottate dagli Stati parti dei trattati conclusi ai fini di evitare un sovrasfruttamento delle risorse biologiche di talune zone marine.

Le predette clausole, come si è detto, possono essere di varia natura e variamente identificabili: possono così essere considerate embarghi (31), ad esempio, le misure non tariffarie stabilite dall'Organizzazione della pesca dell'Atlantico del Nord-Ovest (NAFO) (32) o dalla Commissione internazionale per la conservazione dei tonnidi dell'Atlantico (ICCAT), che coinvolgono anche Stati che non hanno aderito ai relativi trattati (33). Infatti, la prima delle due organizzazioni citate può, tra l'altro, chiedere ai suoi membri di proibire lo sbarco o il trasbordo di pesci su navi di Stati non aderenti, che non abbiano rispettato il regime di conservazione adottato, mentre la seconda di esse prevede che i suoi membri possano imporre restrizioni commerciali riguardanti il tonno rosso e il pesce spada nei confronti di Stati non membri che non rispettino la Convenzione ed in particolare nei confronti di Honduras, Belize e Panama. Tali Stati, infatti, secondo i membri dell'ICCAT, non avrebbero effettuato la pe-

---

vedi A. DEL VECCHIO, *La libertà di pesca in alto mare; un principio ancora valido?*, in *Il diritto marittimo*, 1995, p. 341 ss.

(31) Cfr. il documento dell'OCDE AGR/FI(2001) 5: *Projet d'évaluation préliminaire - Inventaire des mesures tarifaires et non-tarifaires, des mesures d'aide et des restrictions en matière d'investissement et de services* del 2 marzo 2001, p. 8.

(32) Cfr. Scheme to Promote Compliance by Non-Contracting Party Vessels with the Conservation and Enforcement Measures Established by NAFO (consultabile nel sito Internet: http://www.NAFO.ca/management).

(33) Cfr. *Pour des pêcheries responsables: Implications économiques et politiques*, OCDE, 2000, p. 105.

sca del tonno rosso con strumenti e tecniche compatibili con gli sforzi di conservazione imposti dall'Organizzazione.

Altre misure non tariffarie possono inoltre essere considerate le clausole decise a questo riguardo da alcuni Stati, tra cui Giappone, Stati Uniti e anche Unione Europea, i quali, in esecuzione delle suddette disposizioni, vietano le importazioni di tonno rosso e di pesce spada, catturati in modo non conforme alle disposizioni emanate al riguardo.

Ancora potrebbero essere considerate misure non tariffarie i sistemi di informazione sugli scambi (34), che, ad esempio, sono previsti dalla Commissione per la conservazione del tonno rosso del Sud e dalla Commissione per la conservazione della fauna e della flora marina dell'Antartide (CCFFMA) e che si riferiscono a documenti che devono essere prodotti per tutti gli sbarchi, i trasbordi e le importazioni di alcune specie, a fini di controllo della pesca. È evidente, a questo proposito, che gli obblighi connessi si riferiscono solo agli Stati membri, ma è da chiedersi: se Stati non membri esportassero le stesse specie senza tale documentazione, non vanificherebbero in tal modo gli sforzi di controllo della pesca nelle aree considerate? D'altra parte, secondo alcuni, le misure non tariffarie sopra indicate ed altre simili costituirebbero un sistema di incentivi indiretti agli Stati non membri per indurli a divenire parti dei trattati o delle organizzazioni internazionali che hanno previsto tali misure (35).

Dagli elementi sopra messi in luce emerge peraltro che se l'astensione dalla pesca non vale per tutti gli Stati interessati a pescare in quella zona, se il divieto di adottare strumenti di pesca troppo distruttivi non è rispettato da tutti gli Stati, è chiaro che della conseguente mancanza di concorrenza nella pesca o dell'utilizzo di strumenti più efficaci, ma più distruttivi si avvantaggiano proprio quelli tra gli Stati che, non avendo partecipato all'accordo e non essendosi quindi autolimitati, pescano senza il rispetto di alcuna norma di tutela. E per avere una conferma della veridicità di tale constatazione basti considerare i dati della produzione alieutica mondiale, da cui risulta ad esempio che,

---

(34) Cfr. *Project d'évaluation préliminaire*, cit., p. 12.

(35) Su tale interpretazione di alcuni sistemi complessi inseriti in trattati internazionali si veda C. TOMUSCHAT, *Obligations arising for States without or against their will*, in *Rec. des cours*, 1993, IV, pp. 271-272.

mentre i Paesi membri dell'OCDE stanno progressivamente abbassando la percentuale di produzione mondiale, viceversa i Paesi non membri dell'OCDE la stanno progressivamente aumentando e sono così passati dal 72,6% del 1995 al 73,8% del 1997 (36). A tale progressione contribuisce, del resto, in qualche modo anche il fenomeno dell'utilizzazione di bandiere-ombra, dietro le quali si nascondono anche armatori appartenenti agli Stati firmatari di trattati o membri di organizzazioni internazionali, che regolamentano la capacità di pesca e la limitano, proprio al fine di eludere la disciplina di autoregolamentazione.

5. Risultando dunque evidente la necessità che in molti casi gli Stati terzi debbano rispettare le norme dei trattati multilaterali, nonché quelle emanate dalle organizzazioni internazionali, la comunità internazionale si trova di fronte al problema se nell'ambito del diritto del mare si debba ritenere ormai superato il limite tradizionale della natura consensuale del diritto internazionale, cioè, in particolare, se vada interpretata in maniera evolutiva la norma codificata nell'art. 34 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, secondo la quale un trattato « *does not create either obligations or rights for a third State without its consent* » (37).

Secondo una parte della dottrina, le norme in materia di pesca e le norme in materia ambientale per la supposta universalità della loro efficacia inducono a riflettere su alcune modifiche che si stanno verificando nei processi decisionali internazionali, nonché sul modo di disciplinare fenomeni dalle molteplici sfaccettature, per cui il principio dell'imprescindibilità del con-

(36) Si vedano i dati riportati dall'OCDE *Etude speciale: Capacité de pêche dans le Pays de l'OCDE*, AGR/FI(2000)13/PART2/REV1, p. 7; *Développement durable. La gestion des ressources naturelles*, SG/SD(2000)1/REV1, pp. 11-13. Un aumento delle catture delle risorse alieutiche da parte degli Stati terzi è anche riconosciuto dal Tribunale per il diritto del mare nell'ordinanza relativa al *Southern Bluefin Tuna Cases* (*New Zeland v. Japan*; *Australia v. Japan*) del 27 agosto 1999, par. 76.

(37) Sull'efficacia dei trattati verso gli Stati terzi si veda tra gli altri C. TOMUSCHAT, *Obligations Arising for States Without or Against Their Will*, cit., p. 195 ss.

senso rimarrebbe valido soprattutto, o forse, soltanto, per le norme di struttura dell'ordinamento internazionale (38).

Secondo un'altra parte della dottrina, invece, le norme cui ci si riferisce, come pure altre norme, ad esempio, in materia di tutela ambientale, vanno interpretate come un segno di un mondo interconnesso ed interdipendente, che solo apparentemente impone obblighi a terzi Stati, ma che in realtà nulla impone senza il consenso degli Stati stessi (39). Secondo questa stessa dottrina nessuna disposizione di diritto internazionale impedisce agli Stati di concordare l'uso di alcuni sistemi speciali di creazione di norme convenzionali e di ritenersi vincolati dalle norme stabilite attraverso tale particolare metodo (40). Al riguardo si è parlato di *legislation by reference* e secondo Tomuschat: « *The legal tecnique of law-making by reference does not amount to a legal revolution, but it takes the international community one step further on the way to establishing a true legislative function, at least in the field of maritime law. Its roots are firmly grounded in the traditional system as reflected in Article 38 of the Statute of the ICJ, in that an international treaty constitutes the legal foundation. Additionally, the power to make rules is not abandoned to any third party or organ with restricted membership, but remains in the hands of the community of States themselves* » (41).

In base a tale teoria quindi il principio *pacta tertiis nec no-*

---

(38) Si veda tra gli altri G. HANDL, *Regional Arrangements and Third State Vessels: Is the Pacta Tertiis Principle Being Modified?*, in *Competing Norms in the Law of Marine Environmental Protection*, ed. H. Ringbom, London-The Hague-Boston, 1997, p. 217 ss.

(39) Si veda E. FRANCKX, *Pacta tertiis and the Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Managemenat of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks*, in FAO Legal Papers Online ≠ 8, 2000, p. 25; ID., *Final Report of Committee on Coastal State Jurisdiction relating to Marine Pollution*, in *International Law Association, Report of the Sixthy-Ninth Conference*, London, 2000, p. 492.

(40) Si veda L. SOHN, *Generally Accepted International Rules*, in *Washington Law Review*, 1986, p. 1080.

(41) Così C. TOMUSCHAT, *Obligations arising for States*, cit. p. 352. Si veda anche M. FIRZMAURICE, *Modification to the Principles of Consent in Relation to Certain Treaty Obligations*, in *Austrian Review of International and European Law*, 1997, p. 276, secondo il quale « *it is possible for states to allow themselves to be bound by certain rules to which they have not given their express consent, but which*

cent nec prosunt non verrebbe affatto negato, ma lo si dovrebbe ritenere tuttora pienamente valido anche nel diritto del mare, perché il consenso sarebbe stato manifestato con l'approvazione, ad esempio nella Convenzione di Montego Bay del 1982 o nella Convenzione di New York del 1995, di alcuni particolari sistemi di creazione di norme. L'obbligatorietà delle norme delle organizzazioni internazionali rispetto agli Stati terzi scaturirebbe quindi dalle disposizioni delle due Convenzioni citate, nelle quali è stata appunto prevista l'attività delle organizzazioni regionali e subregionali in difesa della conservazione delle risorse biologiche marine che si attuerebbe attraverso il rinvio alle norme convenzionali multilaterali, di portata universale, già citate. Ma tale teoria lascerebbe comunque irrisolto il problema degli effetti dei trattati verso i terzi, in riferimento a quei pochi Stati che non hanno ratificato le due Convenzioni suddette e per i quali appunto la teoria del rinvio non sarebbe applicabile.

Appare dunque più convincente la tesi, secondo la quale nell'ambito della conservazione e gestione delle risorse biologiche marine si potrebbe considerare non più applicabile il principio *pacta tertiis* a causa del formarsi di una norma consuetudinaria (42) concernente l'obbligo di conservazione e gestione razionale delle risorse viventi del mare (43), stabilito a tutela dell'interesse collettivo della comunità internazionale. Le risorse biologiche dell'alto mare possono essere infatti considerate come beni su cui ogni Stato vanta un diritto non esclusivo, bensì condizionato dai diritti di tutti gli altri Stati, membri della comunità internazionale e la posizione giuridica di uno Stato rispetto a quella di tutti gli altri Stati risulterebbe delineata dalla convergenza sullo stesso bene degli interessi individuali di uno Stato e nello

---

are brought into existence by a rule making process to which they have given their consent - in particular through adoption of rules by international organizations ».

(42) Per G. HANDL, *Regional Arrangements and Third State Vessels*, cit., p. 229 solo la formazione di una nuova norma consuetudinaria può attribuire obblighi a Stati terzi al trattato.

(43) Si veda N. RONZITTI, *Le zone di pesca*, cit., p. 57; M. GESTRI, *La gestione delle risorse naturali d'interesse generale per la Comunità internazionale*, Torino, 1996, p. 257 ss.; A. DEL VECCHIO, *La disciplina della pesca negli spazi di alto mare, in particolare nel Mediterraneo*, in *Perspectivas del derecho del mar al alba del siglo XXI*, Roma, 1999, p. 109 ss.

stesso tempo collettivi degli altri Stati (44). Il sovrasfruttamento delle risorse biologiche effettuato da Stati non parti di trattati a portata universale o di organizzazioni internazionali porterebbe quindi alla violazione dei diritti di contenuto identico che ogni membro della comunità internazionale vanta su un bene — la conservazione e la gestione razionale delle risorse biologiche marine — considerato appartenente al patrimonio comune dell'umanità e che quindi la collettività degli Stati ha il dovere di preservare.

Pertanto solo l'ipotizzata norma consuetudinaria, che esprime tale necessità di rispetto, renderebbe possibile il superamento dell'efficacia limitata alle parti contraenti sia riguardo alle disposizioni inserite in un trattato bilaterale, come ad esempio i trattati sopra considerati istitutivi di una zona comune di pesca, oppure previste in trattati multilaterali universali come la Convenzione di Montego Bay del 1982 e la Convenzione di New York del 1995, sia, ed a maggior ragione, riguardo alle regole di natura più tecnica adottate da organizzazioni regionali o subregionali in materia di pesca. Tutte queste disposizioni in realtà sarebbero efficaci solo per gli Stati che hanno manifestato il proprio consenso; mentre invece sarebbero applicabili anche agli Stati terzi solo attraverso il riconoscimento dell'esistenza della norma consuetudinaria, il cui contenuto concerne appunto la necessità di conservazione e gestione razionale delle risorse viventi del mare nell'interesse collettivo della comunità internazionale.

Vero è peraltro che i trattati bilaterali, i trattati multilaterali e le organizzazioni regionali, che abbiamo ricordato, prevedono talvolta regole necessariamente tecniche per impedire il sovrasfruttamento o l'estinzione di determinate specie marine; regole che risulterebbero obbligatorie non per la loro natura consuetudinaria, in quanto le norme consuetudinarie non possono essere mai estremamente dettagliate, dato che « *they embody the common denominator of a decentralized practice* » (45). In realtà anche tali regole tecniche trarrebbero la loro obbligatorietà dalla norma consuetudinaria di natura generale in riferimento alla

(44) Vedi M. Iovane, *La tutela dei valori fondamentali nel diritto internazionale*, Napoli, 2000, p. 299 ss.

(45) Così C. Tomuschat, *Obligations arising for States*, cit., p. 350.

quale esse rappresenterebbero lo strumento mediante il quale si ritiene di poter raggiungere l'obiettivo prefissato nella norma consuetudinaria volto alla conservazione delle risorse.

L'esistenza di una norma generale consuetudinaria in materia troverebbe del resto conferma nella prassi internazionale sopra esaminata e sarebbe anche ricavabile dal ripetersi di prese di posizione unilaterali degli Stati (46) e dal contenuto stesso degli atti internazionali citati, che sarebbero rilevanti anche ai fini dell'esistenza dell'*opinio juris* (47). Infatti, ad esempio, nella Dichiarazione di Cancùn, nell'Agenda 21, nel Codice di condotta sulla pesca responsabile e nell'*International Plan of Action for the Management of Fishing Capacity* della FAO, negli atti dell'OCDE, si fa richiamo costante alla necessità che nella comunità internazionale venga rispettato l'obbligo della conservazione delle risorse biologiche marine. L'intera evoluzione del regime di sfruttamento delle risorse biologiche nel diritto del mare si è mossa, del resto, in questa direzione (48), inizialmente con la Convenzione di Montego Bay del 1982 e la Convenzione di New York del 1995, le quali, in quanto trattati di rilevanza universale, hanno contribuito a formare o in ogni caso a rafforzare il convincimento dell'esistenza di tale norma consuetudinaria in materia. Secondo l'opinione di Orrego Vicuña, anzi, la Convenzione del 1995 « *can be identified in this respect with the establishment of an objective regime under international law* (49), *governing not*

---

(46) Vedi ad esempio il comportamento della Spagna citato *supra* a p. 221 e degli altri Stati citati in nota 30.

(47) Riguardo agli elementi rivelatori dell'*opinio juris*, come alcuni atti unilaterali, la codificazione convenzionale, le dichiarazioni di principi si veda ZICCARDI, *Consuetudine (dir. intern.)*, in *ED*, vol. IX, pp. 499-500.

(48) Si veda al riguardo M. HAYASHI, *The 1995 Agreement on the Conservation and Management of Straddling and Highly Migratory Fish Stocks: significance for the Law of the Sea Convention*, in *Ocean and Coastal Management*, 1995, p. 58; F. ORREGO VICUÑA, *The Changing International Law of High Seas Fisheries*, Cambridge, 1999, p. 209.

(49) Il regime obiettivo è stato definito da A. MC NAIR, nella sua opinione individuale nell'affare *International Status of South West Africa*, in *ICJ Report*, 1950, p. 153 nei seguenti termini: « *From time to time it happens that a group a great Powers, or a large number of States both great and small, assume a power to create by a multi-partite treaty some new international regime or status, which soon acquires a degree of acceptance and durability extending beyond the limits of the actual contracting arties and given it an objective existence* ».

only relations between parties but also the conduct of activities of other states in a particular area » (50).

Successivamente, in tempi recenti, la Convenzione del 5 settembre 2000 sulla conservazione e la gestione delle specie altamente migranti nell'Oceano Pacifico occidentale e centrale (51) e la Convenzione del 20 aprile 2001 sulla conservazione e gestione delle risorse alieutiche nell'Oceano Atlantico sud-orientale (52) hanno contribuito a confermare, anche se indirettamente, l'esistenza di una norma consuetudinaria in materia, perché se così non fosse sarebbe ad esempio difficilmente giustificabile nella prima Convenzione l'art. 32 — dedicato interamente agli Stati non-parti della Convenzione — che nel par. 1 dispone che ogni Stato membro della Commissione, istituita dalla Convenzione stessa, debba prendere misure per impedire che navi di Stati non parti pongano in crisi l'efficacia delle azioni prese dalla Commissione in materia di conservazione e gestione delle risorse. E lo stesso articolo nel par. 4 prevede che « *The members of the Commission shall, individually or jointly, request non-parties to this Convention whose vessels fish in the Convention Area to cooperate fully in the implementation of conservation and management measures adopted by the Commission with a view to ensuring that such measures are applied to all fishing activities in the Convention Area. Such cooperating non-parties to this Convention*

---

(50) Così F. ORREGO VICUÑA, *op. cit.*, p. 209. *Contra* M. GESTRI, *La gestione delle risorse naturali*, cit., p. 410 ss. Sui regimi obiettivi si veda A. MC NAIR, *The Law of Treaties*, 1961, p. 259 e nei lavori della Commissione del diritto internazionale in occasione della codificazione del diritto dei trattati il V rapporto di M. FITZMAURICE (*Yearbook of International Law Commission*, 1960, II, p. 64 ss.) ed i rapporti di H. WALDOCK (*Yearbook of International Law Commission*, 1964, II, p. 13 ss. e 1966, II, p. 231). Secondo Waldock nella sezione « *Treaties and Third States* » sarebbe stato opportuno aggiungere un articolo in base al quale gli Stati potessero « *create in the general interest general obligations and rights relating to a particular region, state, territory, locality, river, waterway, or to a particular area of sea, seabed, or air-space* » (art. 63, *Yearbook of International Law Commission*, 1964, II, pp. 26-27). Secondo C. TOMUSCHAT, *Obligations for States*, cit., p. 245, nel diritto internazionale attuale il regine dell'Antartide può essere considerato un regime obiettivo.

(51) Il testo è consultabile nel sito Internet: *http://www.oceanlaw.net/texts/summaries/westpac.htm*.

(52) Il testo è consultabile nel sito Internet: *http://www.oceanlaw.net/texts/summaries/seafo.htm*.

shall enjoy benefits from participation in the fishery commensurate with their commitment to comply with, and their record of compliance with, conservation and management measures in respect of the relevant stocks ».

Il convincimento che esista un dovere generale di cooperazione per gli Stati terzi appare evidente nell'art. 22 della stessa Convenzione del 20 aprile 2001 sulla conservazione e gestione delle risorse alieutiche nell'Oceano Atlantico sud-orientale, il quale richiede agli Stati « *non-parties to this Convention whose vessels fish in the Convention Area to cooperate fully with the Organisation* either by becoming party to the Convention or by agreeing to apply the conservation and management measures (53) *adopted by the Commission with a view to ensuring that such measures are applied to all fishing activities in the Convention Area* ». I benefici concessi agli Stati non-parti sono commisurati al rispetto delle norme emanate dalla Convenzione e cioè i suddetti Stati « *shall enjoy benefits from participation in the fishery commensurate with their commitment to comply with conservation and management measures in respect of the relevant stocks* ». Se dunque, nonostante gli incentivi gli Stati terzi non coopereranno, gli Stati parti della Convenzione potranno prendere misure per impedire le attività di pesca di quelle navi appartenenti a Stati terzi che compromettano l'efficacia delle misure di conservazione e di gestione adottate.

A quest'ultimo riguardo è possibile altresì notare che le stesse disposizioni, che regolano il regime dello sfruttamento delle risorse biologiche marine, impongono contemporaneamente un dovere generale di cooperare e stabiliscono altresì che gli Stati parti dei trattati o membri di organizzazioni regionali o subregionali devono dotarsi di mezzi « *to deter the activities of vessels flying the flag of non-members or non-participants which engage in activities which undermine the effectiveness of conservation and management measures established by such organizations or arrangements* » (54). Il dovere di cooperazione appare quindi connesso con l'obbligo della conservazione delle risorse ittiche marine, come del resto già sancito nella Convenzione di New

(53) Tondo nostro.

(54) Cfr. art. 7.7.5. del Codice di condotta della FAO sulla pesca responsabile.

York del 1995 per la pesca in alto mare degli *straddling stocks* (55). Tale dovere trova poi effettiva risposta, come talvolta chiaramente indicato, nella partecipazione alle organizzazioni internazionali competenti in materia di pesca, se esistono, nell'area geografica di interesse, oppure nella costituzione di organizzazioni nuove, se non esistono, partecipando ad accordi di regolamentazione dello sfruttamento delle risorse o aderendo alle misure adottate dalle organizzazioni internazionali.

Il dovere di cooperazione può essere quindi interpretato come situazione giuridica conseguente all'obbligo, di natura consuetudinaria, di conservazione delle risorse.

In questa ottica le disposizioni tecniche citate sembrano dunque trovare la loro obbligatorietà nei confronti degli Stati terzi in una norma generale consuetudinaria, perché altrimenti non sarebbero in alcun modo giustificate le misure e la previsione di sanzioni, né certo allo scopo basterebbe il rinvio, di carattere peraltro generico, contenuto nei rispettivi Preamboli, alle norme delle due Convenzioni di Montego Bay e di New York.

Pertanto sulla base di tutti gli elementi sopra menzionati appare maggiormente convincente, rispetto alle altre, la teoria che giustifica l'inefficacia del consenso degli Stati in tema di conservazione delle risorse biologiche marine a causa dell'esistenza di una norma consuetudinaria, che imponga a tutti gli Stati obblighi positivi e negativi di condotta.

La formazione di tale norma consuetudinaria risulterebbe comprovata, come già rilevato, sia dall'*opinio iuris*, sia dalla condotta conforme che a questo proposito è stata tenuta non solo dagli Stati parti delle due Convenzione multilaterali citate e membri delle organizzazioni internazionali competenti, ma anche da quegli Stati che non abbiano in alcun modo manifestato il proprio consenso al riguardo. Solo infatti una norma consuetudinaria è dotata del carattere di « generalità » ed essendo destinata ad avere efficacia nei confronti di tutti indistintamente i

---

(55) Secondo M. HAYASHI, *Enforcement by Non-Flag States on the High Seas Under the 1995 Agreement on Straddling and Highly Migratory Fish Stocks*, in *The Georgetown International Environmental Law Review*, 1996, p. 2 ss., in particolare p. 27 « *High seas fishery is a unique area where there has already been a great deal of regional cooperation in place, including agreements for the enforcement of regionally adopted measure* ».

soggetti della comunità internazionale, può prescindere dalla volontà esplicitamente manifestata, rendendo quindi irrilevante l'eventuale mancata ratifica da parte degli Stati delle convenzioni multilaterali o delle convenzioni regionali stipulate in materia.

Va peraltro osservato che gli obblighi di condotta in materia di sfruttamento delle risorse biologiche ed il dovere di cooperazione anche per quanto riguarda gli Stati non parti di trattati in materia di pesca non possono essere interpretati come uno strumento per vanificare la libertà del mare. La libertà del mare non significa infatti che essa sia « *unregulated or done in a manner contrary to conservation and rational management* » (56). Il fatto che la pesca sia regolamentata non solo nelle relazioni tra gli Stati parti dei trattati conclusi in materia, ma condizioni anche le attività degli altri Stati nelle zone di mare disciplinate dai trattati in questione non comporta infatti la negazione della libertà di pesca, ma solo che « *the conditions for its exercise are established under a particular organization or arrangement* ».

In definitiva, il sorgere nell'ordinamento internazionale di principi nuovi conformati agli interessi dell'intera comunità internazionale sembra stia progressivamente facendo diminuire l'importanza nel diritto del mare dell'applicazione del principio di sovranità degli Stati, mentre lascerebbe invariata l'efficacia del principio del consenso e quindi l'inefficacia dei trattati verso gli Stati terzi. Infatti, la medesima linea di tendenza di difesa degli interessi generali della comunità internazionale non avrebbe modificato il tradizionale principio *pacta tertiis*, che risulterebbe sempre in vigore, perché l'efficacia verso i terzi di misure adottate nella difesa delle risorse biologiche scaturirebbe in realtà dal rispetto di una nuova norma consuetudinaria formatasi nell'ordinamento internazionale, il cui contenuto configurerebbe obblighi *erga omnes*, obblighi cioè di conservazione delle risorse biologiche marine nei confronti di tutta la comunità internazionale ed in quanto tali dotati di efficacia generale per tutti i soggetti di diritto internazionale.

---

(56) Si esprime così F. ORREGO VICUÑA, *op. cit.*, pp. 209-210. Per una differenza tra il regime di libertà del mare ed il regime del patrimonio comune dell'umanità si veda U. VILLANI, *Il regime di sfruttamento dei fondi marini*, in *Perspectivas del derecho del mar al alba del siglo XXI*, cit., pp. 162-163.

IV.

IL RINVIO PREGIUDIZIALE: LINEE EVOLUTIVE

DI

PAOLA IVALDI

Professore straordinario nell'Università degli Studi di Genova

SOMMARIO: 1. Il rinvio pregiudiziale come strumento essenziale di cooperazione tra Corte di giustizia e « giurisdizioni » nazionali. — 2. Il giudizio dinanzi alla Corte. — 3. L'archetipo: le due forme di rinvio pregiudiziale previste dall'art. 234 del trattato. — 4. La competenza interpretativa della Corte di giustizia in una Europa « a geometria variabile ». — 5. Il modello « attenuato » di rinvio pregiudiziale desumibile dall'art. 68 del trattato.

1. La procedura di rinvio pregiudiziale disciplinata dal trattato di Roma svolge un ruolo essenziale nel contribuire all'uniforme e certa applicazione del diritto comunitario negli ordinamenti interni, alla definizione dei loro reciproci rapporti ed alla precisazione della reale portata dei diritti e degli obblighi che vi sono affermati (1). Al contempo, tale procedura offre ai privati, per il tramite ed in occasione del giudizio nazionale nell'ambito del quale si è posta la questione pregiudiziale, un mezzo di indubbie potenzialità, sia per contribuire all'edificazione ed evoluzione di tale diritto, sia (e forse soprattutto) per garantire la tutela delle loro posizioni individuali.

In base a quanto previsto nel trattato, rientrano nella competenza pregiudiziale della Corte tutte le fasi nelle quali può essere scomposta l'attività interpretativa (2). Innanzi tutto, l'individuazione delle norme di diritto comunitario da applicare, con

(1) Si tratta di un principio enunciato già nella sentenza della Corte di giustizia, 16 gennaio 1974, in causa 166/73, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, in *Raccolta*, 1974, 33 (in particolare, al punto 2 della motivazione): « L'art. 177 è essenziale per la salvaguardia dell'indole comunitaria del diritto istituito dal trattato ed ha lo scopo di garantire in ogni caso a questo diritto la stessa efficacia in tutti gli Stati della Comunità. Detto articolo mira innanzi tutto ad evitare divergenze nell'interpretazione del diritto comunitario che i tribunali devono applicare, ma anche a garantire tale applicazione, offrendo al giudice nazionale il mezzo per sormontare le difficoltà che possono sorgere dall'imperativo di conferire al diritto comunitario piena efficacia nell'ambito degli ordinamenti giuridici degli Stati membri ».

(2) Per tutti, G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. MENGONI, vol. I, t. 2°, Milano, 1980, *passim*.

eventuale, contestuale accertamento della loro validità; quindi, la ricostruzione del significato « uniforme » che va ad esse attribuito. La funzione nomofilattica e « uniformatrice », in tal modo riconosciuta alla Corte, viene da questa esercitata non già attraverso un controllo delle decisioni pronunciate dalle giurisdizioni nazionali bensì attraverso un meccanismo di accertamento preventivo — dunque in questo senso « pregiudiziale » — del significato e della legittimità del diritto comunitario.

L'importanza del tutto essenziale della funzione « nomofilattica » svolta dal rinvio pregiudiziale appare evidente se si considera che l'applicazione di tale diritto al caso concreto è « ampiamente decentralizzata » (3), in quanto essenzialmente rimessa alle « giurisdizioni » nazionali (4). Di tale importanza la Corte di giustizia mostra consapevolezza già in epoca risalente quando, nella sua pronuncia sul caso *Schwarze*, essa chiarisce che, « nel campo speciale della cooperazione fra giudici » prevista dal trattato istitutivo della Comunità economica europea (oggi, trattato CE) (5), giudice nazionale e giudice comunitario, « ciascuno entro i limiti della propria competenza ed allo scopo di garantire l'applicazione uniforme del diritto comunitario », « devono collaborare direttamente all'elaborazione della decisione » (6).

---

(3) Così P. PESCATORE, *Article 177*, in *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article* a cura di V. CONSTANTINESCO, J.P. JACQUÉ, R. KOVAR, D. SIMON, Paris, 1992, p. 1076 s. Ancora di recente il presidente della Corte di giustizia G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS (*La Corte di giustizia e la riforma istituzionale dell'Unione europea*, aprile 2000, disponibile sul sito web *http://www.curia.eu.int/it/txts/intergov/rod.pdf*) ha ribadito che le « giurisdizioni » nazionali di Stati membri sono « veri e propri "giudici di diritto comune" del diritto comunitario ».

(4) « Tout juge national est aussi juge communautaire. Il l'est même, en un certain sens, plus naturellement que la Cour dont la compétence est seulement d'attribution »: R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, 1976, p. 8 s. In via « normale », infatti, è il giudice nazionale ad applicare (e per ciò stesso interpretare) il diritto comunitario: G. TESAURO, *Diritto comunitario*, 2ª ed., Padova, 2001, p. 250 s.

(5) Il trattato di Roma del 25 marzo 1957, istitutivo della Comunità economica europea, è oggi denominato (in virtù di quanto disposto nel titolo II del trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992) trattato che istituisce la Comunità europea (trattato CE; di seguito indicato come « trattato » o « trattato di Roma »).

(6) Corte di giustizia, 1º dicembre 1965, in causa 16/65, *Schwarze*, in *Raccolta*, 1965, 909. Nella versione in tedesco, lingua processuale, nel passo riportato della sentenza si fa riferimento all'obbligo di cooperare direttamente e reciproca-

La descrizione in termini di « cooperazione » del rapporto intercorrente tra giudice nazionale e giudice comunitario, operata per la prima volta dalla giurisprudenza nella pronuncia *Schwarze* (7), è stata fatta propria dalla dottrina prevalente, che da tempo ha sottolineato come (trattandosi « d'une collaboration dans la poursuite de fins communs ») (8) tale relazione presupponga un coordinamento tra i soggetti che vi sono coinvolti che prescinde dall'esistenza, nei loro reciproci rapporti, di qualsiasi vincolo di subordinazione (9).

L'art. 234 (già art. 177) del trattato di Roma (10) delinea in-

---

mente. Tale secondo avverbio, omesso nella versione italiana, compare anche nel testo in francese, lingua di lavoro della Corte.

(7) Si tratta di una formula ampiamente ripresa dalla giurisprudenza comunitaria successiva. Soltanto in un numero limitato di casi, infatti, la Corte, nel descrivere i rapporti intercorrenti tra giudice comunitario e giudici nazionali, ha utilizzato l'espressione di « separazione » delle rispettive competenze, anziché quella di « cooperazione » nell'esercizio delle stesse. Ciò è avvenuto in alcune sentenze risalenti (Corte di giustizia, 6 aprile 1962, in causa 13/61, *Bosch*, in *Raccolta*, 1962, 89; 15 luglio 1964, in causa 6/64, *Costa c. Enel*, in *Raccolta*, 1964, 1136; 4 febbraio 1965, in causa 20/64, *Albatros*, in *Raccolta*, 1965, 3; 5 ottobre 1977, in causa 5/77, *Tedeschi*, in *Raccolta*, 1977, 1555), ma anche in qualche caso più recente (Corte di giustizia, 21 marzo 1985, in causa 172/84, *Celestri*, in *Raccolta*, 1985, 963, e 24 ottobre 1985, in causa 239/85, *Gerlach*, in *Raccolta*, 1985, 3502).

(8) G. VANDERSANDEN, A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, 1977, p. 269.

(9) Così, *ex plurimis*, tra gli autori più recenti, D. WAELBROEK, M. WAELBROEK, *Article 177*, in *Commentaire Mégret. Le droit de la CEE*, 2ª ed. a cura di J.V. LOUIS, G. VANDERSANDEN, D. WAELBROEK, M. WAELBROEK, J.L. DEWOST, Bruxelles, vol. 10, *La Cour de justice. Les actes des institutions*, 1993, p. 205; K. LASOK, *The European Court of Justice*, 2ª ed., London-Dublin-Edinburg, 1994, p. 97; L.N. BROWN, T. KENNEDY, *The Court of Justice of the European Communities*, 4ª ed., London, 1994, p. 193; D. ANDERSON, *References to the European Court*, London, 1995, p. 1; D. O'KEEFFE, *Is the spirit of article 177 under attack? Preliminary references and admissibility*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 1998, p. 705 ss.; L. FUMAGALLI, *La responsabilità degli Stati membri per la violazione del diritto comunitario*, Milano, 2000, p. 111.

(10) Come è noto il trattato di Amsterdam (firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1º maggio 1999: si tratta del trattato che, tra l'altro, ha ulteriormente sviluppato il processo di ampliamento degli ambiti ai quali si estende la cooperazione tra Stati membri delle Comunità europee, che aveva già segnato una tappa fondamentale con il trattato di Maastricht, firmato il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1º novembre 1993) ha proceduto ad una rinumerazione delle disposizioni previste dai trattati comunitari. Sul sistema uniforme di citazioni impie-

fatti un rapporto tra giurisdizione nazionale e Corte di giustizia non assimilabile a quello intercorrente tra giudice di merito e giudice di cassazione o di revisione (11). Tale disposizione si propone di istituzionalizzare la necessaria coordinazione e cooperazione — in coerenza con gli obblighi previsti dall'art. 10 (già art. 5) del trattato — tra i diversi organi giudiziari coinvolti nell'interpretazione ed applicazione del diritto comunitario (12), assegnando loro compiti distinti nell'ambito di una procedura sostanzialmente (anche se non formalmente) comune. In linea di prima approssimazione (tenuto conto dell'artificiosità di una netta contrapposizione tra « interpretazione » e « applicazione », allorché tali termini vengono riferiti all'attività decisoria svolta in « collaborazione » da giudice comunitario e giudice nazionale nell'ambito della procedura pregiudiziale) (13) l'applicazione del

---

gato dalla giurisprudenza comunitaria successivamente all'entrata in vigore del trattato di Amsterdam v. il comunicato stampa emesso dalla Corte di giustizia il 2 dicembre 1998 (in *Dir. Unione eur.*, 1998, p. 966 s.).

(11) Tra le modifiche del sistema giurisdizionale comunitario ipotizzate nel recente documento *Il futuro del sistema giurisdizionale dell'Unione europea. Documento di riflessione*, disponibile nel sito web *http://www.curia.eu.int/it/txts/intergov/ave.pdf*, allo scopo di individuare soluzioni volte a promuovere una maggiore efficienza del sistema di garanzia giurisdizionale previsto dal trattato, è stata presa in considerazione anche l'eventualità di affermare l'obbligo, per i giudici nazionali non di ultima istanza, di risolvere essi stessi i dubbi interpretativi che si pongono in relazione al diritto comunitario, legittimando le parti coinvolte nelle controversie in cui tali dubbi si siano presentati a sollecitare, una volta definito il giudizio nazionale, una pronuncia della Corte di giustizia. Quest'ultima avrebbe così la possibilità di intervenire soltanto nel caso appaia evidente — considerati tutti gli elementi, sia fattuali che giuridici, emersi nel corso del giudizio nazionale — l'effettiva necessità di intervenire per « correggere » la soluzione interpretativa adottata dal giudice interno. Non può tuttavia sfuggire che una modifica in questa direzione del controllo sull'interpretazione del diritto comunitario finirebbe per configurare un sistema gerarchizzato, snaturando le caratteristiche della relazione (di « cooperazione reciproca ») intercorrente tra giudici nazionali e giudice comunitario, quale prefigurata dall'art. 234 del trattato. Senza contare i delicatissimi problemi che porrebbe, dal punto di vista del diritto processuale nazionale, la necessità di prevedere un sistema di riesame, da parte del giudice nazionale, della pronuncia resa sulla base di un'interpretazione del diritto comunitario « censurata » dalla Corte di giustizia.

(12) Così P. PESCATORE, *Article 177* cit., p. 1094 ss. e M. DAUSES, *Das Vorabentschefdungsverfahren nach Artikel 177 EWG-Vertrag*, Lussemburgo, 1985, p. 28.

(13) Sulla problematicità della distinzione tra « interpretazione » e « appli-

diritto comunitario al caso concreto è riservata ai giudici nazionali (14), mentre spetta al giudice comunitario — in via non esclusiva, anche se privilegiata, in quanto specificamente vincolante per i destinatari — pronunciarsi sulla sua interpretazione (15) o validità e, alla luce di quanto precisato dalla Corte di giustizia (16), accertarne — in via questa volta esclusiva — l'in-

---

cazione » G. TARELLO, *L'interpretazione della legge* cit., p. 42 ss.; R. GUASTINI, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, 1993, p. 331 s. e ID., *Teoria e dogmatica delle fonti*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* cit., vol. I, t. 1, Milano, 1998, p. 60 s. Con riguardo specifico alle questioni che si pongono in caso di rinvio pregiudiziale, G. RAITI, *La cooperazione giudiziaria nelle pronunce pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Giur. it.*, 1996, IV, c. 187 s.

(14) La giurisprudenza comunitaria ha da tempo affermato tale principio: Corte di giustizia, 27 marzo 1963, nelle cause riunite 28-30/62, *Da Costa*, in *Raccolta*, 1963, 73; 8 dicembre 1970, in causa 28/70, *Witt*, in *Raccolta*, 1970, 1026; 14 luglio 1971, in causa 12-14/71, *Henk*, in *Raccolta*, 1971, 750; 3 febbraio 1977, in causa 52/76, *Benedetti c. Munari*, in *Raccolta*, 1977, 182; 28 marzo 1979, in causa 222/78, *Beneventi*, in *Raccolta*, 1979, 1177; 29 aprile 1982, in causa 17/81, *Pabst*, in *Raccolta*, 1346.

(15) Tale riparto di competenze tra giudice comunitario e giudici nazionali è stato tracciato da una giurisprudenza della Corte assolutamente univoca sul punto: cfr. le sentenze 5 febbraio 1963, in causa 26/62, *van Gend en Loos*, in *Raccolta*, 1963, 21; 30 giugno 1966, in causa 61/65, *Goebbels*, in *Raccolta*, 1966, 425; 5 luglio 1967, in causa 2/67, *de Moor*, in *Raccolta*, 1967, 242; 8 giugno 1971, in causa 78/70, *Deutsche Grammophon*, in *Raccolta*, 1971, 498; 15 dicembre 1976, in causa 35/76, *Simmenthal*, in *Raccolta*, 1976, 1883; 12 luglio 1990, in causa C-188/89, *Foster*, in *Raccolta*, 1990, I-3347. In dottrina — oltre agli autori richiamati *supra*, in nota 13 — con riguardo specifico alla contrapposizione tra « interpretazione » ed « applicazione », operata nelle sentenze ora richiamate, v. A. DONNER, *Les rapports entre la compétence de la Cour de Justice des Communautés européennes et les tribunaux internes*, in *Recueil des Cours*, 1965, II, p. 30 ss.; L. FERRARI BRAVO, *Problemi interpretativi dell'art. 177 del Trattato Cee*, in *Comunicazioni e Studi*, XII, 1966, p. 431 ss.; H.-W. DAIG, *Auslegung und Anwendung von Art. 177 EWG-Vertrag durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften*, in *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit. Fesctschrift zum 70. Geburtstag von H. Kutscher*, Baden-Baden, 1981, p. 85 ss.

(16) In particolare, Corte di giustizia, 22 ottobre 1987, in causa 314/85, *Foto-Frost*, in *Raccolta*, 1987, 4199. Il riconoscimento della prevalenza del trattato rispetto alle fonti subordinate di diritto comunitario non esclude che l'accertamento della validità di queste ultime sia riservato ad un organo accentrato (la Corte di giustizia, per l'appunto): E. CANNIZZARO, *Gerarchia e competenza nei rapporti fra trattati e leggi interne*, in *Riv. dir. int.*, 1993, p. 367 s. (in nota 28).

validità (17). Nella medesima prospettiva risulta poi precluso al giudice comunitario il sindacato diretto sulla legittimità comunitaria di norme interne (cioè la verifica della loro compatibilità con il diritto comunitario) (18) nonché la loro interpretazione (19) (fatte salve le ipotesi nelle quali il diritto interno dispone un rinvio incondizionato al diritto comunitario per determinare la disciplina applicabile ad una situazione puramente interna) (20).

---

(17) La Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale al fine dell'accertamento della validità, non ha il potere di annullare l'atto comunitario risultato illegittimo, né il trattato (a differenza di quanto avviene in relazione all'art. 230, già art. 173) prevede che le istituzioni « politiche » della Comunità siano tenute ad adottare tutti quei provvedimenti che sono necessari ai fini di dare esecuzione alla sentenza pronunciata *ex* art. 234.

(18) A tale proposito v. Corte di giustizia, 15 luglio 1964, in causa 100/63, *van der Veen*, in *Raccolta*, 1964, 1106; 15 luglio 1964, in causa 6/64, *Costa c. Enel*, in *Raccolta*, 1964, 1143; 30 giugno 1966, in causa 56/65, *Société Technique Minière*, in *Raccolta*, 1966, 279; 9 luglio 1969, in causa 5/69, *Volk c. Vorvaecke*, in *Raccolta*, 1969, 301.

(19) Si tratta di un principio affermato già in epoca risalente: v., per tutte, Corte di giustizia, 1° dicembre 1965, in causa 33/65, *Dekker*, in *Raccolta*, 1965, 943.

(20) La Corte di giustizia, riprendendo quanto già precisato in precedenti decisioni (Corte di giustizia, 18 ottobre 1990, *Dzodzi*, in *Raccolta*, 1990, I-3763, e 8 novembre 1990, in causa C-231/89, *Gmurzynska-Bscher*, in *Raccolta*, 1990, I-4003: per un commento, A. ARNULL, *The evolution of the Court's jurisdistion under article 177 EEC*, in *Eur. law rev.*, 1993, p. 129 ss.), ha affermato, nella sua sentenza 17 luglio 1997, in causa C-28/95, *Leur-Bloem*, in *Raccolta*, 1997, I-4161, che « quando una normativa nazionale si conforma, per le soluzioni che essa apporta a situazioni puramente interne, a quelle adottate nel diritto comunitario, al fine particolare di evitare che vi siano discriminazioni nei confronti dei cittadini nazionali o ... eventuali distorsioni di concorrenza, esiste un interesse comunitario certo a che, per evitare future divergenze d'interpretazione, le disposizioni o le nozioni riprese dal diritto comunitario ricevano un'interpretazione uniforme, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate » (punto 32 della sentenza, corsivo aggiunto). Pertanto, soggiunge il giudice comunitario (al punto 34 della motivazione), « la Corte è competente, ai sensi dell'art. 177 del Trattato, ad interpretare il diritto comunitario qualora quest'ultimo non disciplini direttamente la situazione di cui è causa, ma il legislatore nazionale abbia deciso, all'atto della trasposizione in diritto nazionale delle disposizioni di una direttiva, di applicare lo stesso trattamento alle situazioni puramente interne e a quelle disciplinate dalla direttiva, di modo che ha modellato la sua normativa sul diritto comunitario ». In precedenza (Corte di giustizia, 28 marzo 1995, in causa C-346/93, *Kleinwort Benson*, in *Raccolta*, 1995, I-615) la Corte di giustizia — peraltro in relazione ad una fattispecie diversa — si

La ripartizione — fondata « on a mutual exclusivity » (21) — delle rispettive competenze (o funzioni, secondo una diversa opzione terminologica) (22) tra giudice comunitario e giudici nazionali appare per molti versi incerta. Oltre all'inadeguatezza, già segnalata, di una distinzione fondata sulla contrapposizione tra « interpretazione » e « applicazione » del diritto comunitario, la prassi presenta non trascurabili margini di flessibilità (23): è infatti la Corte, attraverso le sue pronunce rese in via pregiudi-

---

era invece dichiarata incompetente ad interpretare il diritto nazionale. In tale occasione, peraltro, la normativa interna riproduceva soltanto alcune disposizioni comunitarie, estrapolandole da una disciplina più ampia e quindi senza rendere quest'ultima applicabile — nel suo complesso e in quanto tale — nell'ambito dell'ordinamento statale a situazioni originariamente non ricomprese nella sua sfera di operatività. (Nel caso *Kleinwort Benson* la normativa nazionale prevedeva inoltre espressamente la propria derogabilità, allo scopo di introdurre modifiche volte a produrre divergenze rispetto alle norme comunitarie). In relazione all'ipotesi di norma nazionale « modellata » su quella comunitaria la Corte è giunta invece, come già ricordato, alla soluzione opposta: « Infatti, non risulta dal dettato dell'art. 177 né dalle finalità del procedimento istituito da questo articolo che gli autori del Trattato abbiano inteso sottrarre alla competenza della Corte i rinvii pregiudiziali vertenti su di una norma comunitaria nel caso specifico in cui il diritto nazionale di uno Stato membro rinvia al contenuto della norma in parola per determinare le norme da applicare ad una situazione puramente interna a detto Stato » (così nella sentenza sul caso *Leur-Bloem*, al punto 25). Il fatto che la pronuncia pregiudiziale abbia ad oggetto una disposizione comunitaria invocata in situazioni in cui « i fatti della causa principale si collocano al di fuori dell'ambito di applicazione del diritto comunitario » non giustificano il rigetto della domanda formulata dal giudice nazionale, rigetto che è invece possibile « soltanto se risulti che con il procedimento *ex* art. 177 del Trattato, in contrasto con il suo scopo, si intenda in realtà indurre la Corte a pronunciarsi per il tramite di una controversia fittizia ovvero sia manifesto che il diritto comunitario non può essere applicato, né direttamente indirettamente, alle circostanze del caso di specie » (così al successivo punto 26). Sul punto S.M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo. La Convenzione di Bruxelles (con la proposta di Regolamento comunitario) e la Convenzione di Lugano*, 3ª ed., Torino, 2000, p. 18 s.; C. NIZZO, *La Corte di giustizia e la competenza ad interpretare, in via pregiudiziale, norme nazionali modellate su disposizioni comunitarie*, in *Dir. comm. int.*, 1997, p. 998 ss.; J.-P. MAUBLANC, *Fiscalité directe des sociétés. Extension du droit communautaire au droit conventionnel et aux situations internes*, in *Rev. marché comm.*, 2000, pp. 175-177.

(21) G. BEBR, *Development of Judicial Control of the European Communities*, The Hague-Boston-London, 1981, p. 366.

(22) Così, nella dottrina più recente, J. BOULOUIS, M. DARMON, *Contentieux communautaire*, Paris, 1997, p. 15 s. e D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, 2ª ed., Paris, 1998, p. 488.

(23) Per tutti, P. MENGOZZI, *Il diritto comunitario e dell'Unione europea*, in

ziale, ad indicare e progressivamente precisare, in modo qualche volta difficilmente conciliabile con le previsioni testuali dell'art. 234 (24), le condizioni e le conseguenze della cooperazione istituita da tale disposizione, per quanto attiene sia al ruolo assegnato ai giudici nazionali, sia a quello che essa stessa si è via via ritagliato (25).

Merita inoltre sottolineare che il rapporto di collaborazione che si instaura ai sensi dell'art. 234 appare condizionato, nel suo concreto esplicarsi, dall'operatività di principi, fondamentali nell'ordinamento comunitario, che affermano la *primauté* di tale diritto rispetto al diritto degli Stati membri (nonché, a certe condizioni, la sua diretta applicabilità) (26) ed il carattere vincolante, per il giudice nazionale, delle decisioni rese dalla Corte di giustizia (27). Tale osservazione appare incontestabile e non contrad-

---

Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto fa F. GALGANO, vol. XV, Milano, 1997, p. 223 ss. e F. POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Milano, 2000, pp. 375 ss. e 361 ss. R. KOVAR, in *Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes* a cura di R. KOVAR e V. CONSTANTINESCO, in *Clunet*, 1976, p. 195, osserva a tale proposito che « la nécessité d'une collaboration efficace en vue d'assurer une application effective du droit communautaire implique une interprétation souple de cette séparation. C'est que la Cour et les juridictions nationales sont associées dans une procédure dont l'unité foncière impose des limites au dualisme judiciaire ».

(24) Il riferimento corre, ad esempio, alla sentenza *Foto-Frost* (Corte di giustizia, 22 ottobre 1987, in causa 314/85, in *Raccolta*, 1987, 4199), già richiamata.

(25) T. KOOPMANS, *La procédure préjudicielle - victime de son succès?*, in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, 1987, che sottolinea, nelle diverse epoche, il ruolo assolto dalla giurisprudenza resa, in via pregiudiziale, dalla Corte di giustizia, in vista dello sviluppo progressivo, in ambito comunitario, « d'un sistème de droit » e di favorire « la pénétration d'eléments de ce système dans l'application du droit par les juridictions des Etats membres de la Communauté » (così a p. 347).

(26) Non è possibile dar conto di tutta la dottrina che si è occupata di questi temi. Per limitarsi ad alcuni contributi recentissimi, R. ADAM, *Le fonti comunitarie. Il diritto comunitario nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Il diritto privato dell'Unione europea* a cura di A. TIZZANO, I, Torino, 2000, p. 43 ss.; E. CANIZZARO, *Democrazia e sovranità nei rapporti fra Stati membri e Unione europea*, in *Dir. Unione eur.*, 2000, p. 241 ss.; A. LA PERGOLA, *Costituzione ed integrazione europea: il contributo della giurisprudenza costituzionale*, in *Studi in onore di L. Elia*, t. I, Milano, 1999, p. 815 ss.; A. CELOTTO, *Le « modalità » di prevalenza delle norme comunitarie sulle norme interne: spunti ricostruttivi*, in *Riv it. dir. pubbl. com.*, 1999, p. 1473 ss.

(27) Cass. 9 settembre 1998, n. 10035, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000,

dice il fatto che, quanto meno sotto il profilo logico-giuridico, la procedura in esame si presta ad essere considerata come un'operazione unitaria (28), seppur articolata in tre distinte fasi (ordinate diacronicamente) e tutte preordinate al fine della corretta applicazione del diritto comunitario nel caso concreto, ed anche, in virtù del meccanismo incidentale, al fine ulteriore della tutela degli interessi individuali riconnessi a tale procedura (29): la prima fase, quella « introduttiva », nella quale il giudice nazionale formula il quesito in tema di interpretazione o validità del diritto comunitario (dopo avere accertato la sua pertinenza e rilevanza rispetto al giudizio *a quo*, nonché la necessità di una decisione sul punto da parte del giudice comunitario); la seconda, più propriamente « comunitaria », nella quale il giudice comunitario (una volta verificata l'esistenza dei presupposti necessari per la valida instaurazione del giudizio comunitario) si pronuncia sui quesiti posti dal giudice nazionale; la terza, conclusiva della procedura, nella quale il giudice *a quo* definisce il giudizio dinanzi a lui pendente sulla base delle indicazioni fornitegli dal giudice comunitario.

In tema di collaborazione tra giudice nazionale e giudice comunitario la sentenza *Schwarze* (30) offre alcune indicazioni importanti. Da essa si desume infatti che il rapporto di collaborazione intercorrente tra giudice nazionale e giudice comunitario, in virtù di quanto disposto dall'art. 234, è talmente stretto che la decisione della Corte di giustizia finisce per apparire co-

---

180: « I mutamenti normativi introdotti da pronunce della Corte di giustizia delle Comunità europee, come quelle di illegittimità della Corte costituzionale, si configurano ... come *ius superveniens*, e impongono quindi la disapplicazione della norma dichiarata illegittima, con l'applicazione della *regula iuris* risultante dalle decisioni suddette ». In dottrina, da ultimo, F. GHERA, *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1193 ss.

(28) P. PESCATORE, *Article 177*, cit., p. 1094 s.

(29) A proposito della tutela degli interessi individuali che può essere operata anche per il tramite del rinvio pregiudiziale v., in dottrina, G. TESAURO, *The effectiveness of judicial protection and co-operation between the Court of Justice and the national courts*, in *Yearbook Eur. L.*, vol. 13, Oxford, 1994, p. 4 ss.; A. TIZZANO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella prospettiva dell'Unione europea*, in *Riv. dir. int.*, 1994, p. 922 ss.

(30) Corte di giustizia, 1° dicembre 1965, in causa 16/65, in *Raccolta*, 1965, 909, già richiamata in nota 6.

me un frammento della pronuncia destinata a concludere il giudizio *a quo* (giudici nazionali e Corte di giustizia « devono collaborare direttamente all'elaborazione della decisione »), in piena coerenza, del resto, con il carattere di pregiudizialità della questione sottoposta all'attenzione della Corte (31). Tale carattere si manifesta nel legame oggettivo, nel nesso di strumentalità intercorrente tra la risoluzione della questione di interpretazione o di validità del diritto comunitario e la definizione del giudizio pendente dinanzi al giudice nazionale (32). Dalla pregiudizialità della questione — di interpretazione e di accertamento della validità — deriva un'altra caratteristica della procedura in esame, del tutto implicita in quanto fin qui osservato: il suo meccanismo di instaurazione incidentale (33). La pendenza del procedimento pregiudiziale, instaurato dinanzi alla Corte su rinvio del giudice nazionale, comporta infatti la sospensione del giudizio *a quo*, cosicché il giudizio comunitario si configura necessariamente come una parentesi, come un incidente rispetto al normale svolgimento del procedimento principale (34).

Pur essendo prevalentemente costruito sull'interesse oggettivo all'uniforme interpretazione ed applicazione del diritto comunitario e alla tutela della legalità di quest'ultimo, il procedimento dinanzi alla Corte non solo riceve dal giudizio *a quo* l'impulso necessario per la sua instaurazione, ma dallo stesso inevitabilmente mutua l'esigenza di difesa di posizioni soggettive che dal diritto comunitario traggono — o si assume traggano — fondamento. E, poiché, come verrà precisato in seguito, il modello

---

(31) Si tratta di una ricostruzione ricorrente negli studi di giustizia costituzionale comparata: cfr. A. PIZZORUSSO, *I sistemi di giustizia costituzionale: dai modelli alla prassi*, in *Quaderni costituzionali*, 1982, pp. 521-661, spec. a p. 527.

(32) Per analoghe osservazioni svolte, dal punto di vista del diritto italiano, a proposito della rilevanza della questione costituzionale rispetto al giudizio *a quo* v. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, p. 192 ss.

(33) Cfr. D. WAELBROEK, M. WAELBROEK, *Article 177*, cit., p. 205: « la procédure préjudicielle présente le caractère d'un incident qui vient se greffer sur le litige soumis à la juridiction nationale ».

(34) Cfr. art. 20, par. 1, del protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia della Comunità europea, ora pubblicato in M. CONDINANZI, *Codice del processo comunitario*, Torino, 1999, p. 144: « Nei casi contemplati dall'art. 234 (*ex* art. 177) del trattato, la decisione della giurisdizione nazionale che sospende la procedura e si rivolge alla Corte, è notificata a quest'ultima a cura di tale giurisdizione nazionale ».

« classico » di rinvio pregiudiziale, desumibile dall'art. 234, prevede che giurisdizioni nazionali di ultima istanza siano tenute a sottoporre alla Corte le questioni pregiudiziali sollevate nei giudizi dinanzi a loro pendenti, viene garantita ai privati — seppur soltanto dopo l'esaurimento delle vie interne di ricorso, se le giurisdizioni non di ultimo grado non effettuano il rinvio — una pronuncia del giudice comunitario su di esse, sempre che, naturalmente, il giudice di ultima istanza le abbia ritenute pertinenti e si sia convinto della necessità di una pronuncia pregiudiziale sul punto, ai fini della sua decisione nel giudizio principale.

Le giurisdizioni di ultima istanza, infatti, possono sottrarsi all'obbligo di rinvio alla Corte soltanto allorché non sia ipotizzabile alcuna ragionevole incertezza in ordine all'interpretazione del diritto comunitario (difetta, in questo caso, una vera e propria « questione » controversa, sulla quale chiedere una pronuncia della Corte) (35), ovvero si tratti di questione non « pertinente », in quanto non rilevante ai fini della loro decisione nel giu-

---

(35) In applicazione della teoria c.d. dell'atto chiaro, viene meno l'obbligo per le giurisdizioni nazionali di rimettere la questione alla Corte di giustizia, quando la corretta applicazione del diritto comunitario si imponga con tale evidenza, da non giustificare alcun ragionevole dubbio in ordine alla soluzione della questione sollevata dalle parti del giudizio *a quo*. Sul punto Corte cost., sentenza n. 168/1991, in *Giur. cost.*, 1991, 1409, nella quale si precisa che l'interpretazione di una norma di diritto comunitario costituisce un'attività « che il giudice nazionale può effettuare direttamente ovvero rimettere alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 177 comma 2 del trattato di Roma, facoltà quest'ultima che invece costituisce obbligo per il giudice nazionale di ultima istanza (art. 177 comma 3 ...), sempre che — secondo quanto ritenuto dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia (sent. 6 ottobre 1982, in causa 283/81) — *il precetto della norma comunitaria non si imponga con tale evidenza da non lasciar adito ad alcun ragionevole dubbio sulla sua esegesi* » (corsivo aggiunto); in termini, tra le altre, Cass. 8 giugno 1992, n. 7056, in *Giur. it.*, 1993, 2325, nella quale si afferma che « nel caso in *cui la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza, da non giustificare alcun ragionevole dubbio* in ordine alla soluzione della questione sollevata, *non sussiste un problema interpretativo* che obbliga il giudice di ultima istanza ad investire la Corte di giustizia » (corsivi aggiunti). Merita peraltro ricordare che la giurisprudenza comunitaria, in linea con quanto precisato nella sentenza della Corte di giustizia, 6 ottobre 1982, in causa 293/81, *CILFIT*, in *Raccolta*, 1982, 3415, sembra privilegiare una versione particolarmente rigorosa della teoria dell'atto chiaro, in quanto il giudice nazionale sarebbe autorizzato a richiamarsi ad essa soltanto dopo aver maturato il convincimento che la stessa evidenza, quanto alla interpretazione della norma comunitaria, si imporrebbe anche ai giudici di altri Stati membri, nonché alla stessa Corte di giustizia.

dizio *a quo* (36). Con la precisazione che difetta una vera e propria « questione » da sottoporre alla Corte, come chiarito dalla stessa giurisprudenza comunitaria, anche quando essa è identica ad altra già decisa dal giudice comunitario (37), ovvero quando, sul punto di diritto che si pretende essere controverso, esiste una giurisprudenza della Corte ormai consolidata (38). Ed è

---

(36) La questione non è « pertinente » quando « la sua soluzione, qualunque essa sia, non possa in alcun modo influire sull'esito della lite » (si tratta della sentenza, già richiamata nella nota precedente, Corte di giustizia, sentenza 6 ottobre 1982, in causa 283/81, *CILFIT*, in *Raccolta*, 1982, 3415, punto 10 della motivazione). Essa è viceversa « pertinente » (nel senso di « rilevante ») se necessaria al giudice nazionale al fine di pronunciarsi sulla causa dinanzi a lui pendente. Nel senso della necessità di una verifica rigorosa in ordine ai requisiti oggettivi di ricevibilità dei quesiti pregiudiziali sottoposti alla Corte dai giudici nazionali, Corte Giustizia, 16 luglio 1992, in causa C-343/90, *Dias*, in *Raccolta*, 1992, I-4673 e in causa C-83/91, *Meilicke*, in *Raccolta*, 1992, I-4871; 26 gennaio 1993, nelle cause riunite C-320/90, C-321/90 e C-322/90, *Telemarsicabruzzo* et al., in *Raccolta*, 1993, I-393; (ordinanza) 16 maggio 1994, in causa C-428/93, *Monin II*, in *Raccolta*, 1994, I-1707; 27 aprile 1994, in causa C-393/92, *Comune di Almelo*, in *Raccolta*, 1994, I-1477; 21 gennaio 1999, nelle cause riunite C-215/96 e C-216/96, *Bagnasco*, in *Raccolta*, 1999, I-135. In dottrina L. FUMAGALLI, *Competenza della Corte di giustizia e ricevibilità della domanda nella procedura pregiudiziale*, in *Dir. com. scambi int.*, 1993, pp. 311-327; ID., *Conferme giurisprudenziali in tema di procedura pregiudiziale, ivi*, 1994, pp. 707-717; M. O'NEILL, *Article 177 and limits to the right to refer: an end to the confusion?*, in *Eur. publ. law*, 1996, p. 383 ss.; C. BARNARD, E. SHARPSTON, *The changing face of article 177 references*, in *C.M.L. Rev.*, 1997, p. 1127 ss. Registra invece un'attenuazione dell'obbligo, facente carico al giudice nazionale, di motivazione sulla « pertinenza » della questione, R. DI SALVO, *Attenuazione della rilevanza, obblighi di motivazione del giudice* a quo *e ruolo delle parti nella procedura del rinvio pregiudiziale.* Self-restraint *o aumentata ingerenza della Corte?, in un nascosto* revirement *giurisprudenziale*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2000, 1185 ss.

(37) Sul punto la sentenza Corte di giustizia, 27 marzo 1963, nelle cause riunite 2830/62, *Da Costa*, in *Raccolta*, 1963, 73: « Se l'art. 177, ultimo comma, impone, senza restrizioni, ai fori nazionali le cui decisioni non sono impugnabili secondo l'ordinamento interno, di deferire alla Corte qualsiasi questione d'interpretazione davanti ad essa sollevata, l'autorità dell'interpretazione data dalla Corte ai sensi dell'art. 177 può tuttavia far cadere la causa di tale obbligo e così renderlo senza contenuto. Ciò si verifica in specie qualora la questione sollevata sia materialmente identica ad altra questione, sollevata in relazione ad analoga fattispecie, che sia già stata decisa in via pregiudiziale ». Tale principio era stato già recepito dall'art. 104 del regolamento di procedura della Corte di giustizia, quale risultava prima delle modifiche in vigore dal 1° luglio 2000.

(38) Corte di giustizia, 6 ottobre 1982, in causa 283/81, *CILFIT*, in *Raccolta*, 1982, 3415, punto 14 della motivazione, laddove è previsto il venir meno dell'obbligo di rinvio altrimenti imposto dall'art. 234 ai giudici di ultima istanza an-

proprio in coerenza a tale indicazione che, di recente, si è proceduto alla modifica dell'art. 104.3 del regolamento di procedura della Corte, che oggi esplicita il principio enunciato dalla giurisprudenza comunitaria (39).

Ma se la premessa, rispetto all'iniziativa del giudice nazionale, è rappresentata dalla « pertinenza » e rilevanza, nel giudizio *a quo*, della questione di interpretazione o di validità del diritto comunitario, il giudizio dinanzi alla Corte, legato al primo da un rapporto di necessaria derivazione, non può che risultare privo di autonomia genetica (40). Tale caratteristica della procedura pregiudiziale si riflette in modo significativo su alcuni aspetti della sua disciplina, assumendo rilievo, ad esempio, in sede di delimitazione del *thema decidendum* di tale procedura: la Corte, in base a quanto in più occasioni affermato dalla prassi, non è tenuta infatti a pronunciarsi su questioni diverse da quelle proposte dal giudice nazionale nella sua domanda, anche se ciò, tuttavia, non autorizza a desumere dalla giurisprudenza di cui si tratta un principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

2. Quanto osservato in chiusura del precedente paragrafo, non preclude alla Corte di giustizia di porsi d'ufficio quesiti ulteriori rispetto a quelli esplicitati dal giudice, come, del resto, è concretamente avvenuto in più occasioni. La Corte, infatti, ha in qualche caso dichiarato d'ufficio l'invalidità di norme comunita-

---

che in presenza di « una giurisprudenza costante della Corte che, indipendentemente dalla natura dei procedimenti da cui sia stata prodotta, risolva il punto di diritto litigioso, anche in mancanza di una stretta identità fra le materie del contendere ».

(39) L'art. 104.3 del regolamento di procedura risulta oggi formulato nei termini seguenti: « Qualora una questione pregiudiziale sia identica ad una questione sulla quale la Corte ha già statuito, *qualora la soluzione di tale questione possa essere chiaramente desunta dalla giurisprudenza o qualora la soluzione della questione non dia adito a dubbi ragionevoli*, la Corte, dopo aver informato il giudice di rinvio, dopo aver sentito le eventuali osservazioni degli interessati di cui agli artt. 20 dello Statuto CE, 21 dello Statuto CEEA e 103, par. 3, del presente regolamento e dopo aver sentito l'avvocato generale, può statuire con ordinanza motivata contenente, eventualmente, riferimento alla precedente sentenza o alla giurisprudenza pertinente » (in *GUCE* L 122 del 24 maggio 2000, corsivi aggiunti).

(40) P. Biavati, F. Carpi, *Diritto processuale comunitario*, Milano, 2000, p. 278 ss.; A. Briguglio, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996, p. 92 ss.; G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale* cit., p. 219 ss.

rie, malgrado il giudice nazionale si fosse limitato a porre un problema relativo alla loro interpretazione (41), ovvero si è pronunciata sull'interpretazione di norme non richiamate nel provvedimento di rinvio, ma a suo avviso manifestamente applicabili nel giudizio *a quo* (42). Il fatto che la Corte possa essere indotta, a prescindere da un'iniziativa di parte, a modificare il tenore dei quesiti formulati dal giudice nazionale, appare tra l'altro puntualmente coerente con il rifiuto di ogni inutile formalismo, che il giudice comunitario ha in più occasioni chiaramente affermato (43).

---

(41) Ad esempio, Corte di giustizia, 1° dicembre 1965, in causa 16/65, *Schwarze*, in *Raccolta*, 1965, 909, più volte richiamata. Malgrado, in base al provvedimento nazionale di rinvio, la domanda avesse ad oggetto l'interpretazione di norme comunitarie, in tale pronuncia viene precisato che « qualora risulti che le questioni deferite da un giudice nazionale abbiano in realtà ad oggetto la validità di atti comunitari, la Corte è tenuta a pronunciarsi, senza imporre al giudice proponente un formalismo che servirebbe unicamente a ritardare il procedimento a norma dell'art. 177 ». Nello stesso senso, Corte di giustizia, 3 febbraio 1977, in causa 62/76, *Strehl*, in *Raccolta*, 1977, 211, e le osservazioni di R.H. LAUWAARS, *Lawfulness and Legal Force of Community Decisions*, Leyde, 1973, p. 103 ss., nonché, più di recente, G. RAITI, *La cooperazione giudiziaria nelle pronunce pregiudiziali interpretative della Corte di giustizia delle Comunità europee* cit., 190.

(42) Sempre a titolo soltanto esemplificativo, Corte di giustizia, 11 aprile 1973, in causa 76/72, *Michel S.*, in *Raccolta*, 1973, 457 nonché, *inter alia*, le più recenti sentenze Corte di giustizia, 14 dicembre 1988, in causa 269/87, *Ventura*, in *Raccolta*, 1988, 6411 e 16 luglio 1992, in causa C-187/91, *Belgique c. Soc. coopérative Belovo*, in *Raccolta*, 1992, I-4937.

(43) Cfr. Corte di giustizia, 13 dicembre 1989, in causa 322/88, *Grimaldi*, in *Raccolta*, 1989, 4407 (in cui è stato riformulato un quesito ritenuto troppo generico), e 2 maggio 1990, in causa 348/88, *Hakvoort*, in *Raccolta*, 1990, I-1660 (in cui si è semplificato un quesito eccessivamente dettagliato). Il rifiuto, da parte della Corte di giustizia, di ogni inutile formalismo può desumersi, ovvero consegue, da tre diverse caratteristiche delle regole di procedura, ad essa applicabili. La prima attiene all'origine giurisprudenziale di molte disposizioni di diritto processuale applicabili nel giudizio dinanzi alla Corte (definibili, così, come una sorta di diritto processuale « vivente »); la seconda deriva dalla possibilità, per la Corte, di derogare, o disapplicare, in presenza di determinate circostanze ed in relazione a singoli casi, le regole processuali; la terza, infine, si desume dalla circostanza che non esiste un'istanza superiore deputata a controllare la corretta applicazione, da parte della Corte, di tali regole. Non è invece presente la quarta caratteristica tipicamente riscontrabile quando il formalismo è ridotto al minimo indispensabile, e cioè la possibilità, per la giurisdizione interessata, di deliberare essa stessa le regole che governano la procedura nei giudizi dinanzi a sé. Nel documento *Il futuro del sistema giurisdizionale dell'Unione europea*, ricordato *supra*, in nota 11, è stata peraltro

Ciò che si intende piuttosto sottolineare è che, nella fase « comunitaria » (in base alla tripartizione sopra brevemente delineata) della procedura in esame, le parti del giudizio pendente dinanzi al giudice nazionale hanno facoltà di presentare memorie o osservazioni scritte (44), ma non anche il potere di investire direttamente la Corte di questioni diverse o ulteriori rispetto a quelle proposte dal giudice nel provvedimento di rinvio (45). Si tratta di un profilo che è stato debitamente sottolineato dalla stessa giurisprudenza comunitaria, allorché ha precisato che la procedura in esame (*rectius*, la sua fase « comunitaria ») ha carattere « non contenzioso », in quanto non è attivabile su impulso di parte (46). Nello stesso senso si era espressa la dottrina già in epoca risalente, allorché aveva definito il giudizio che si instaura a seguito di rinvio pregiudiziale come un momento di dialogo tra Corte di giustizia e giudici nazionali, una « procédure de juge à juge » (47) caratterizzata da un marcato rilievo pubblicistico (48) e che non è destinata ad incidere (quanto meno direttamente) sulle posizioni soggettive delle parti nel processo principale, in quanto non si conclude con una decisione sul me-

---

richiamata l'attenzione sulla necessità di semplificare i meccanismi previsti per la modifica del regolamento interno della Corte (per la quale, infatti, è attualmente richiesta una delibera all'unanimità da parte del Consiglio). Va tuttavia sottolineato che la dottrina più attenta registra la tendenza della Corte verso un *new formalism* (l'espressione è tratta da D. O'Keeffe, *Is the spirit of article 177 under attack* cit., p. 696 ss.), che si evidenzia attraverso un controllo rigoroso dei requisiti di ricevibilità dei quesiti formulati in via pregiudiziale dalle giurisdizioni nazionali.

(44) Cfr. art. 20, par. 2, del protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia della Comunità europea, in M. Condinanzi, *Codice del processo comunitario* cit., p. 144.

(45) Si può certamente verificare che le parti, attraverso le loro memorie o osservazioni, offrano alla Corte elementi di valutazione tali da indurla a modificare essa stessa il quesito proposto dal giudice nazionale: in questo senso v., *inter alia*, la sentenza 3 luglio 1991, in causa C-355/89, *Barr & Montrose*, in *Raccolta*, 1991, I-3479.

(46) In tal senso già Corte di giustizia, 9 dicembre 1965, in causa 44/65, *Hessische Knappschaft*, in *Raccolta*, 1965, 1199.

(47) P. Pescatore, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, 2ª ed., Liège, 1973, p. 222; R. Jolet, *L'article 177 du traité CEE et le renvoi préjudiciel*, in *Riv. dir. eur.*, 1991, p. 593.

(48) Così G. Vandersanden, A. Barav, *Contentieux communautaire* cit., p. 271.

rito (che spetta invece, in base a quanto già osservato, al giudice nazionale, al termine della fase conclusiva della procedura).

Si tratta di affermazioni che richiedono qualche precisazione. Un dato permane indiscutibile: alle parti nel giudizio *a quo* è precluso investire direttamente la Corte di una questione pregiudiziale, esse (talvolta qualificate come semplici « interessati ») (49) non sono abilitate a presentare domande in senso proprio (ma soltanto memorie e osservazioni) (50), il contraddittorio è comunque soltanto eventuale (il loro intervento è possibile ma non necessario) e la pronuncia conclusiva della fase « comunitaria » della procedura è inidonea a formare un giudicato in senso sostanziale.

Vi sono tuttavia alcuni aspetti, in tale fase, difficilmente conciliabili con la sua definizione di procedura « non contenziosa »: tra questi, in particolare, il fatto che il giudice comunitario possa svolgere indagini istruttorie (ad esempio, chiedere informazioni alle parti del giudizio *a quo* o agli altri soggetti coinvolti nella procedura, in base a quanto previsto dal protocollo sullo statuto della Corte: Stati membri, Commissione e, « quando ne sia il caso », Parlamento europeo, Consiglio e Banca centrale europea) (51), giungendo eventualmente ad accertare fatti diversi ed ulteriori rispetto a quelli presi in considerazione dal giudice nazionale, nonché l'instaurarsi di un vero e proprio contraddittorio sulla questione pregiudiziale sottoposta all'attenzione della Corte e sulla formazione delle prove (52). Ed inoltre, nella medesima prospettiva, la constatazione che la sorte del processo comunitario non è indifferente alle vicende del processo pendente

---

(49) Cfr. l'art. 104.3 e 4 del regolamento di procedura della Corte di giustizia delle Comunità europee, anch'esso riportato in M. CONDINANZI, *Codice del processo comunitario* cit., p. 198.

(50) La giurisprudenza comunitaria ha ribadito il principio in modo assolutamente inequivocabile: sul punto v. già Corte di giustizia, 14 dicembre 1962, nelle cause riunite 31 e 32/62, *Wöhrmann* e *Lütticke*, in *Raccolta*, 1962, 965.

(51) Cfr. ancora l'art. 20 del protocollo, al par. 2.

(52) P. BIAVATI, F. CARPI, *Diritto processuale comunitario* cit., p. 278 s., evocano al riguardo, quali ulteriori elementi per qualificare inadeguata la definizione di procedimento non contenzioso attribuita dalla dottrina prevalente alla fase « comunitaria » del rinvio pregiudiziale, la possibilità, da parte delle Corte di giustizia, di riunire cause pregiudiziali e cause su azioni dirette, nonché l'elevato grado di conflittualità che di fatto spesso caratterizza le diverse posizioni assunte dalla Commissione e dagli Stati che intervengono nella procedura.

dinanzi al giudice nazionale, e che alle parti sono riconosciuti alcuni diritti (ad esempio quello, già ricordato, di presentare memorie ed osservazioni) nel corso del suo svolgimento. Né, d'altro canto, va sottaciuto (sempre a favore della natura almeno in parte « contenziosa » della fase « comunitaria » della procedura) lo strumento della riunione dei giudizi, di cui la Corte dispone in caso di identità, analogia o connessione delle questioni (53).

È peraltro incontestabile che, nella fase del procedimento che si svolge dinanzi alla Corte, il contraddittorio che si instaura tra le parti e gli altri soggetti legittimati si svolge in forma semplificata. In considerazione della natura incidentale del giudizio, l'esigenza di rapidità è infatti del tutto evidente: il timore di un eccessivo protrarsi della fase « comunitaria » della procedura non può infatti che disincentivare il ricorso ad essa da parte dei giudici nazionali che non vi siano tenuti ai sensi dell'art. 234. Le parti del giudizio *a quo*, in particolare, se, in qualche caso, potrebbero cedere alla tentazione di usare il rinvio pregiudiziale a fini esclusivamente dilatori, altre volte potrebbero invece essere indotte a rinunciare a formulare istanze in tal senso al giudice nazionale, proprio perché preoccupate di dilatare in modo inaccettabile i tempi processuali. E lo stesso giudice nazionale non di ultima istanza — semplicemente facoltizzato, quindi, a proporre il rinvio — potrebbe tener conto di tale elemento allorché, a seguito di istanza di parte o procedendo d'ufficio, valuta l'opportunità di sottoporre un quesito pregiudiziale alla Corte di giustizia.

A questo proposito va ricordato, almeno per inciso, che, sebbene la formulazione testuale dell'art. 234 (« quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri ») potrebbe sembrare rivolta ad ammettere il rinvio pregiudiziale soltanto dietro preventiva richiesta

---

(53) Si tratta, dunque, di un sistema « ibrido », non riconducibile, in tutti i suoi elementi, né al procedimento « non contenzioso », né a quello « contenzioso »: P. BIAVATI, F. CARPI, *Diritto processuale comunitario* cit., p. 279. Altri autori (R. GRAPPIOLO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sul rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 177 del trattato CEE*, in *Dir. com. scambi int.*, 1992, p. 16, nonché, ancora di recente, G. GERIN, *La Corte di giustizia delle Comunità europee. Le procedure per il ricorso*, Padova, 2000, p. 46 ss.) sembrano invece rifarsi alla classificazione più tradizionale, che riconduce la competenza pregiudiziale alla giurisdizione non contenziosa della Corte.

delle parti del giudizio *a quo*, la Corte ha chiarito da tempo, in modo inequivocabile, che il giudice nazionale è abilitato a promuovere tale procedura anche d'ufficio, malgrado l'eventuale dissenso di una o di entrambe le parti (54).

Tornando al pericolo di un eccessivo protrarsi della fase « comunitaria » del procedimento pregiudiziale, va ribadito che esso costituisce ormai un problema reale, come è stato ricordato in un recente documento della Corte, dal quale risulta che la durata media di tale fase è passata da poco più di sei mesi della metà degli anni settanta all'anno e mezzo registrato nel 1988 (55), fino a raggiungere i ventuno mesi nel 1999 (56).

Vi è più di una ragione alla base di tale situazione. Innanzi tutto, un progressivo incremento in senso quantitativo delle azioni di cui la Corte è stata investita, dovuto, a sua volta, ad una molteplicità di ragioni, anche di ordine « qualitativo », come verrà meglio precisato in seguito. Le nuove cause promosse in ambito comunitario sono state 130 nel 1975, per diventare 385 nel 1988 (57), anno di istituzione del Tribunale di primo grado, ed attestarsi a quota 927 nel 1999, quando sono stati avviati dinanzi ad essa 543 nuovi procedimenti (58). Al 1° gennaio 2000 risultano così pendenti dinanzi alla Corte complessivamente 896 cause di cui, in base ad una stima approssimativa, circa la metà hanno ad oggetto questioni pregiudiziali.

Prima del vertice di Nizza, d'altra parte, gli Stati non aveva-

---

(54) Così, per tutte, le sentenze Corte di giustizia, 16 giugno 1981, in causa 126/80, *Salonia*, in *Raccolta*, 1981, 1563, (spec. al punto 7), e 6 ottobre 1982, in causa 283/81, *CILFIT*, in *Raccolta*, 1982, 3515. In tale ultima decisione la Corte ha affermato che « l'art. 177 non costituisce un rimedio giuridico esperibile dalle parti di una controversia pendente dinanzi ad un giudice nazionale. Non basta quindi che una parte sostenga che la controversia pone una questione di interpretazione del diritto comunitario perché il giudice interessato sia obbligato a ritenere configurabile una questione sollevata ai sensi dell'art. 177. *Per contro spetta a detto giudice adire, se del caso, d'ufficio la Corte di giustizia* » (cfr. il punto 9 della motivazione, corsivo aggiunto).

(55) V. ancora il documento *Il futuro del sistema giurisdizionale dell'Unione europea* (a proposito del quale *supra*, in nota 11).

(56) G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *Giustizia comunitaria da riformare*, in *Il Sole-24 Ore* del 26 aprile 2000.

(57) I dati sono ancora tratti dal documento *Il futuro del sistema giurisdizionale dell'Unione europea*.

(58) Così G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS, *Giustizia comunitaria* cit., *loc. cit.*

no mai discusso in termini fattivi la possibilità di ridurre il carico di lavoro della Corte attribuendo al Tribunale di primo grado competenze anche in materia pregiudiziale (59). Erano infatti fino allora parse prevalenti, rispetto ad ogni altra considerazione, le motivazioni addotte per giustificare il diffuso atteggiamento contrario alla previsione di un doppio grado di giurisdizione nell'ambito del particolare tipo di procedura in esame. Tra esse, la preoccupazione di garantire unicità di soluzioni in merito all'interpretazione ed alla valutazione di legittimità del diritto comunitario e quella di contenere, nella massima misura possibile, la durata della fase « comunitaria » del procedimento (60).

Per l'immediato futuro, tuttavia, è prevedibile un ulteriore incremento del lavoro della Corte, dovuto, in primo luogo, al riconoscimento della sua competenza pregiudiziale anche nell'ambito dei « nuovi » settori disciplinati dal diritto comunitario e nel quadro del segmento non « comunitarizzato » del terzo pilastro, nonché, in secondo luogo, al previsto ampliamento dei confini geografici dell'Unione europea (61).

Vi sono poi almeno due altri fattori, di ordine per così dire qualitativo, che hanno contribuito a rendere via via più impegnativo il lavoro che la Corte ha dovuto affrontare: innanzi tutto, la maggior consapevolezza, maturata dagli Stati, circa l'importanza delle pronunce rese dalla Corte su rinvio pregiudiziale. Per tale ragione essi hanno preso parte sempre più attiva in tali procedimenti, intervenendo anche quando (a prescindere da altri motivi di specifico interesse) è la rilevanza della questione di diritto trattata a stimolare la loro partecipazione e formulando (talvolta in forte dialettica tra loro, o con gli altri soggetti intervenuti nella procedura) articolate osservazioni, che inevitabil-

---

(59) Sulle competenze del Tribunale di primo grado, T. MILLET, *The Court of First Instance of the European Communities*, London, 1990; M. MIGLIAZZA, *Il doppio grado di giurisdizione nel diritto delle Comunità europee*, Milano, 1993, p. 155 ss.; M. CONDINANZI, *Il Tribunale di primo grado e la giurisdizione comunitaria*, Milano, 1996, p. 9 ss.

(60) M. DARMON, *Réflexions sur le recours préjudiciel*, in *Cahiers dr. eur.*, 1995, p. 579.

(61) A proposito dell'ampliamento dei confini dell'Unione europea v., ancora da ultimo, il protocollo riprodotto nell'allegato I al trattato di Nizza. In merito all'ampliamente della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia cfr. invece *infra*, ai parr. 4 e 5.

mente hanno appesantito l'*iter* procedurale. Inoltre, i delicati problemi interpretativi generati dalla stessa giurisprudenza della Corte nella sua progressiva evoluzione (problemi definiti « di seconda generazione ») (62), come dimostra, ad esempio, il dibattito sulla portata ed il rilievo dei principi generali di diritto comunitario da essa enucleati in sede di rinvio pregiudiziale (63).

La forza dirompente di tali fattori è stata peraltro già da tempo denunciata da chi si è provocatoriamente domandato se, per le ragioni indicate, la procedura pregiudiziale non fosse divenuta ormai vittima del proprio successo (64). Nel documento *Il futuro del sistema giurisdizionale dell'Unione europea* (65) sono state così esaminate alcune possibili modifiche della procedura pregiudiziale disciplinata dal trattato, nel tentativo di individuare soluzioni per rendere meno gravoso il lavoro a carico della

---

(62) L'espressione è tratta da J. MERTENS DE WILMARS, *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, in *La tutela giurisdizionale dei diritti nel sistema comunitario*, Bruxelles, 1997, p. 379 ss. Come è noto, la competenza pregiudiziale della Corte in ordine alle proprie sentenze, è di sola interpretazione: v. *infra*, al par. 3.

(63) In giurisprudenza, a titolo soltanto esemplificativo, Corte di giustizia, 14 maggio 1974, in causa 4/73, *Nold*, in *Raccolta*, 1974, 491; 7 giugno 1983, nelle cause riunite 100-103/80, *Pioneer*, in *Raccolta*, 1983, 1825 (in tema di legittima difesa); 4 ottobre 1991, in causa 159/90, *Grogan*, in *Raccolta*, 1991, I-4685 (sul principio di libertà di espressione). Anche i contributi dottrinari sono ormai numerosissimi: v., tra gli altri, M.V. AKEHURST, *The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Community*, in *British Year Book Int Law*, 1981, p. 29 ss.; F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, in *Dir. comunit. scambi int.*, 1983, p. 409 ss.; F. CAPELLI, *I principi generali come fonte di diritto, ivi*, 1986, p. 541 ss.; G. GAJA, *Principi del diritto (diritto internazionale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1986, p. 541 ss.; P. PESCATORE, *Les principes généraux du droit en tant que source du droit communautaire*, in *FIDE, Rapport du 13e congrès*, Paris, 1986, p. 17 ss.; H.G. SCHERMERS, D. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Communities*, 4ª ed., Deventer-Antwerp-London-Frankfurt-Boston-New York, 1987, p. 23 ss.; A. ARNULL, *The General Principles of EEC Law and the Individual*, Leicester, 1990; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EC Law*, Oxford, 1999; F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000.

(64) T. KOOPMANS, *La procédure préjudicielle - victime de son succès?*, in *Du droit international au droit de l'intégration* cit., p. 347 ss.

(65) Si tratta del documento già richiamato *supra*, par. 1, in nota 11. In argomento, A. ARNULL, *Judicial architecture or judicial folly? The challenge facing the European Union*, in *E.L. Rev.*, 1999, p. 516 ss.

Corte, in particolare quando essa è chiamata a pronunciarsi su questioni pregiudiziali (66).

Si è pensato così, tra l'altro, all'introduzione di un meccanismo di selezione, attuato dalla stessa Corte di giustizia e consistente nel selezionare i ricorsi, in base ai criteri di novità, complessità e importanza delle questioni proposte (una sorta di *writ of certiorari*, sul modello della Corte Suprema americana) (67); ad una limitazione delle « giurisdizioni » nazionali abilitate a proporre rinvio alla Corte (analogamente a quanto avviene, ad esempio, nel quadro dell'art. 68 del trattato) (68), alla creazione, a livello decentrato, di organi giudiziari (comunitari o nazionali) incaricati di trattare le domande pregiudiziali proposte da « giurisdizioni » nazionali rientranti nei loro rispettivi ambiti di competenza territoriale; al riconoscimento — in capo alle parti di un giudizio nazionale definito sulla base di un'interpretazione o applicazione del diritto comunitario oggetto di contestazione — del potere di sollecitare una decisione sul punto del giudice comunitario. Ma in occasione del recentissimo vertice di Nizza l'attenzione dei negoziatori si è concentrata su una ulteriore ipotesi di riforma, anch'essa presa in considerazione nel documento sul futuro del sistema giurisdizionale dell'Unione: quella di prevedere un doppio grado di giudizio anche in materia pregiudiziale.

Operata la scelta di fondo, spetta ora al Consiglio darvi concreta attuazione, limitando *ratione materiae* — nei termini che verranno precisati nello statuto della Corte — la competenza pregiudiziale da trasferire al Tribunale di primo grado. Con riguardo specifico all'ipotesi in cui una domanda pregiudiziale

---

(66) Merita sottolineare che già in passato sono state attuate misure volte a semplificare la procedura pregiudiziale che si svolge dinanzi alla Corte: in un primo tempo, ad esempio, la decisione sui quesiti pregiudiziali doveva essere pronunciata dalla Corte in seduta plenaria. Nel 1979, il regolamento di procedura è stato modificato sul punto, al fine di consentire che tale tipo di decisione venisse adottata anche da singole sezioni, sempre che la difficoltà o l'importanza della causa, o particolari circostanze, non rendesse opportuna una decisione in seduta plenaria.

(67) T. KENNEDY, *First steps towards a European certiorari?*, in *E.L. Rev.*, 1993, p. 121 ss. A proposito del *writ of certiorari* impiegato dalla Corte Suprema americana quale strumento di selezione discrezionale dei ricorsi, v. da ultimo, F. TIRIO, *Il* writ of certiorari *davanti alla Corte Suprema*, Milano, 2000, p. 41 ss.

(68) Si rinvia a quanto verrà precisato sul punto nei successivi parr. 4 e 5.

di competenza del Tribunale richieda una decisione « di principio » suscettibile di pregiudicare l'unitarietà o la coerenza del diritto comunitario, l'art. 225 del trattato, così come modificato a Nizza, prevede tuttavia una particolare disciplina: da un lato, il Tribunale, in tali circostanze, potrà rimettere la questione alla Corte, affinché sia quest'ultima a pronunciarsi sul quesito (69); dall'altro, in via eccezionale e sempre che il rischio di pregiudizio per l'unitarietà o per la coerenza del diritto comunitario sia *serio*, la decisione del Tribunale potrà essere oggetto di riesame da parte della Corte (70). In relazione a tale ipotesi verrà dettata una disciplina più articolata — sulla base dei principi a tal fine fissati nello statuto della Corte — relativa al ruolo riservato alle parti nell'ambito della procedura di riesame, agli effetti di tale procedura sul carattere esecutivo della decisione oggetto di riesame ed agli effetti della pronuncia della Corte sulla controversia pendente dinanzi al giudice nazionale (71).

In mancanza di indicazioni di segno contrario desumibili dalla disposizione in commento, tutto lascia supporre che, nelle materie di sua competenza, il Tribunale potrà procedere non solo ad interpretare il diritto comunitario, ma anche ad accertarne la legittimità. Tale conclusione non comporta naturalmente, di per sé, l'abbandono dell'orientamento affermato dalla giurispru-

---

(69) Nel testo provvisorio del trattato di Nizza, l'art. 225, par. 3, del trattato di Roma è stato riformulato nei termini seguenti: « Le Tribunal de première instance est compétent pour connaître des questions préjudicielles, soumises en vertu de l'article 234, dans des matières spécifiques déterminées par le statut. - Lorsque le Tribunal de prèmiere instance estime que l'affare appelle une décision de principe susceptible d'affecter l'unité ou la cohérence du droit communautaire, il peut revoyer l'affaire devant la Cour de justice afin qu'elle statue ».

(70) Rileva ancora l'art. 225, par. 3, del trattato di Roma (quale risulta dalle modifiche introdotte a Nizza): « Les decisions rendues par le Tribunal de première istance sur des questions préjudicielles peuvent exceptionnellement faire l'objet d'un réexamen par la Cour de justice, dans les conditions et les limites prévues par le statut, en cas de risque sérieux d'atteinte à l'unité ou à la cohérence du droit communautaire ».

(71) In una delle dichiarazioni destinate ad essere inserite nell'atto finale della conferenza intergovernativa di Nizza si richiama infatti l'attenzione del Consiglio sulla necessità di fissare nello statuto della Corte alcune disposizioni essenziali riguardo alla procedura di riesame. In un'altra dichiarazione viene inoltre sottolineata l'importanza di prevedere un meccanismo che consenta di valutare, entro tre anni dalla sua entrata in vigore, l'efficienza del sistema di controllo giurisdizionale risultante dalle modifiche introdotte in occasione del vertice di Nizza.

denza comunitaria che — con una regola difficilmente conciliabile con la formulazione dell'art. 234 del trattato, ma costantemente ribadita — ha da tempo riservato in via esclusiva alla Corte di giustizia l'accertamento della illegittimità delle norme comunitarie, nei rapporti con le giurisdizioni nazionali (72).

Allo stadio attuale di evoluzione della disciplina sul doppio grado di giurisdizione in materia di rinvio pregiudiziale è forse prematura qualsiasi valutazione al riguardo, ma certo non appare scontato che la revisione del sistema giudiziario comunitario concordata a Nizza avrà la « forza » necessaria per contribuire in modo decisivo a risolvere il problema dell'eccessiva durata della fase comunitaria della procedura in esame (73).

3. L'art. 234 del trattato sottopone ad una disciplina unitaria il procedimento che si instaura dinanzi alla Corte di giustizia a seguito del rinvio, disposto in via incidentale dai giudici di Stati membri delle Comunità, su questioni sia interpretative che di validità, riguardanti il diritto comunitario (74). Per tale sua caratteristica di coniugare l'accertamento pregiudiziale della legittimità con quello relativo all'interpretazione « in via privilegiata » (75) del significato delle norme comunitarie, il procedimento in esame può considerarsi una novità assoluta, « un'invenzione » particolarmente felice degli autori del trattato di Ro-

---

(72) Si tratta dell'orientamento desumibile alla sentenza Corte di giustizia, 22 ottobre 1987, in causa 314/85, *Foto-Frost*, in *Raccolta*, 1987, 4188, già richiamata *supra*, in nota 16, ed *infra*, nel testo ed in nota 83.

(73) Sembrano inoltre ancora giustificati i rilievi critici mossi, sul piano teorico, alla soluzione che introduce un doppio grado di giurisdizione nell'ambito della procedura pregiudiziale: v. *supra* in questo paragrafo, nel testo ed in nota 60.

(74) L'art. 234 (*ex* art. 177) del trattato dispone testualmente, a questo riguardo: « La Corte di giustizia è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale, *a*) sull'interpretazione del presente trattato, *b*) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni della Comunità e della BCE, *c*) sull'interpretazione degli statuti degli organismi creati con atto del Consiglio, quando sia previsto dagli statuti stessi ».

(75) L.N. Brown, T. Kennedy, *The Court of Justice of the European Communities* cit., p. 196, che la questione relativa all'interpretazione o all'accertamento della legittimità del diritto comunitario, sollevata incidentalmente nell'ambito di un giudizio nazionale, « may be authoritatively determined » dalla Corte di giustizia adita *ex* art. 234 del trattato.

ma (76), riproposta in termini perfettamente coincidenti dall'art. 150 del trattato istitutivo della Comunità europea dell'energia atomica (CEEA) (77).

Tradizionalmente si indica, quale antecedente immediato dell'art. 234, l'art. 41 del trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA) (78), il quale, tuttavia, disciplina espressamente soltanto il procedimento, dinanzi alla Corte di giustizia, avente ad oggetto l'accertamento in via pregiudiziale della validità delle deliberazioni adottate dai due organi a carattere esecutivo appartenenti a tale organizzazione: l'Alta Autorità (divenuta poi Commissione) (79) ed il Consiglio (80). Un'altra differenza significativa tra i procedimenti disciplinati dalle due disposizioni in esame riguarda poi l'obbligo di rinvio da parte dei giudici nazionali: esteso a tutti nel caso dell'art. 41 del trattato CECA, limitato soltanto a quelli che pronunciano in ultima istanza nel caso dell'art. 234 del trattato di Roma (81).

Le ragioni, di tipo eminentemente pratico, che hanno sug-

---

(76) P. Pescatore, *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del Trattato CEE e la cooperazione tra la Corte ed i giudici nazionali*, Luxembourg, 1986, p. 30.

(77) Il trattato CEEA (o Euratom), firmato a Roma, unitamente al trattato CEE (oggi trattato CE), il 25 marzo 1957, è entrato in vigore (così come quest'ultimo) per Francia, Repubblica Federale tedesca, Italia, Belgio, Paesi Bassi e Lussemburgo il 1° gennaio 1958.

(78) Il trattato CECA, firmato a Parigi il 18 aprile 1951, è entrato in vigore il 25 luglio 1952 tra i sei Stati dell'Europa occidentale elencati nella nota precedente.

(79) Come noto, ciò è avvenuto a seguito dell'entrata in vigore del trattato che istituisce un Consiglio unico ed una Commissione unica delle Comunità europee (c.d. trattato sulla fusione degli esecutivi), firmato a Bruxelles l'8 aprile 1965.

(80) L'art. 41 del trattato CECA risulta formulato nei termini seguenti: « Soltanto la Corte è competente a *giudicare*, a titolo pregiudiziale, *della validità* delle deliberazioni dell'Alta Autorità e del Consiglio, qualora una controversia avanti a un tribunale nazionale metta in causa tale validità » (corsivi aggiunti). Va peraltro segnalato che la Corte di giustizia privilegia una interpretazione volta a superare il limite posto dall'art. 41 alla sua competenza pregiudiziale: Corte di giustizia, 22 febbraio 1990, in causa 221/88, *Busseni*, in *Raccolta*, 1990, I-495 (punti da 13 a 17 della motivazione).

(81) A tale proposito l'art. 234 dispone testualmente: « Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad una giurisdizione di uno degli Stati membri, tale giurisdizione può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di giustizia di pronunciarsi sulla questione. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti ad una giurisdizione nazionale, avverso le cui decisioni non possa

gerito agli autori del trattato di Roma di discostarsi, anche sotto tale profilo, dal « modello » desumibile dal trattato CECA sono note: si era ipotizzato (con una previsione poi puntualmente confermata dai fatti) che l'innovazione rappresentata dal rinvio pregiudiziale di interpretazione avrebbe incrementato in modo significativo il numero delle cause portate all'attenzione del giudice comunitario (82). Si temeva, conseguentemente, che un rinvio obbligatorio da parte di tutti i giudici nazionali ai quali si fosse posto un problema di interpretazione potesse comportare un eccessivo aggravio di lavoro per la Corte, condannandola alla paralisi: di qui la scelta di rendere soltanto facoltativa, per i giudici nazionali non di ultima istanza, l'instaurazione del giudizio dinanzi al giudice comunitario.

Va peraltro segnalato che altre ragioni, questa volta legate all'esigenza di garantire la certezza del diritto, hanno poi suggerito di ritornare su tale scelta per quanto attiene al rinvio pregiudiziale di validità, riallineandone la disciplina al « modello » originario, tratto dall'art. 41 del trattato CECA: infatti la sentenza *Foto-Frost* (83), pronunciata nel 1987, ha in definitiva reso obbligatorio il rinvio alla Corte di giustizia per il giudice nazionale di qualunque grado, allorché questi dubiti della legittimità di una norma comunitaria.

Tra gli altri modelli ai quali si ritiene si siano in certa misura ispirati gli autori del trattato CE vi sono quelli, tratti dagli ordinamenti di alcuni Stati membri, riguardanti il controllo di legittimità costituzionale di atti interni. Il riferimento corre all'art. 1 della legge costituzionale italiana n. 1 del 1948 (84), nonché all'art. 100 comma 1 della Legge fondamentale tedesca del 1949 (85). Anche in questi casi, tuttavia, le analogie riguardano

---

proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale giurisdizione è tenuta a rivolgersi alla Corte di giustizia ».

(82) Come già ricordato *supra*, nel paragrafo precedente.

(83) Si tratta della sentenza della Corte di giustizia, 22 ottobre 1987, in causa 314/85, in *Raccolta*, 1987, 4199, già citata *supra*, in nota 16.

(84) L'art. 1 della legge costituzionale 9 febbraio 1948, n. 1, prevede testualmente: « La questione di illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge della Repubblica, rilevata d'ufficio o sollevata da una delle parti nel corso di un giudizio e non ritenuta dal giudice manifestamente infondata, è rimessa alla Corte costituzionale per la sua decisione ».

(85) Tale disposizione risulta formulata nei termini seguenti: « Se un tribu-

uno soltanto dei due tipi di rinvio pregiudiziale disciplinati dall'art. 234: quello relativo all'accertamento della validità degli atti comunitari. Rispetto al controllo di legittimità costituzionale delle leggi interne, il procedimento che si instaura dinanzi alla Corte di giustizia su questioni pregiudiziali di validità presenta tuttavia una caratteristica del tutto peculiare, che merita di essere ricordata: l'ampiezza e l'eterogeneità dei parametri che possono essere utilizzati, nell'ambito della procedura disciplinata dall'art. 234, per vagliare la validità degli atti delle istituzioni comunitarie (86). In rapidissima sintesi, tali parametri di giudizio sono costituiti non soltanto dalle norme del trattato di Roma, ma anche da quelle desunte dal diritto internazionale generale (soprattutto in tema di interpretazione ed applicazione dei trattati) (87), ovvero previste in accordi internazionali di cui la Comunità è parte o in altri atti di diritto comunitario derivato (pariordinati, pertanto, rispetto a quelli oggetto di controllo), ma anche dalla stessa giurisprudenza della Corte e, in particolare, dai principi generali di diritto da questa enucleati nelle sue decisioni. Tali princi-

---

nale ritiene che una legge, la cui validità è determinante per la sua decisione, sia incostituzionale, deve sospendere il giudizio e chiedere, in caso di violazione della Costituzione di un *Land*, la decisione del Tribunale del *Land* competente a risolvere controversie costituzionali, e, in caso di violazione di questa Legge fondamentale, la decisione del Tribunale costituzionale federale. La decisione di quest'ultimo deve essere richiesta anche nei casi in cui si tratta della violazione di questa Legge fondamentale da parte del diritto del *Land* o dell'incompatibilità di una legge del *Land* con una legge della Federazione ». Tra i modelli nazionali di controllo di costituzionalità di atti interni successivi al trattato, che presentano più o meno marcate analogie con la disciplina desumibile dall'art. 234, si segnalano, in particolare, l'art. 161 della Costituzione spagnola del 27 dicembre 1978, letto in combinato disposto con gli artt. da 35 a 37 della legge del 3 ottobre 1979, nonché l'art. 142 della Costituzione belga del 1989, in base al quale si prevede che la *Cour d'arbitrage* possa tra l'altro « être saisie par toute autorité que la loi désigne, par toute personne justifiant d'un intérêt ou, *à titre préjudiciel, par toute juridiction* » (corsivo aggiunto).

(86) Costituiscono oggetto dell'accertamento pregiudiziale di validità gli atti adottati dagli organi comunitari, tra i quali vanno ricompresi, a seguito dell'entrata in vigore del trattato di Amsterdam, gli atti delle istituzioni comunitarie fondati sul titolo IV del trattato di Roma (in tema di visti, asilo, immigrazione e altre politiche connesse alla libera circolazione delle persone), nonché le decisioni adottate da tali istituzioni in tema di cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, in base a quanto previsto dall'art. 35 trattato di Maastricht.

(87) *Ex plurimis*, Corte di giustizia, 12 dicembre 1972, nelle cause riunite 21-24/72, *International Fruit*, in *Raccolta*, 1972, 1225.

pi generali, a loro volta, possono essere tratti dal giudice comunitario non solo dal complesso del diritto comunitario scritto, ma anche dal diritto internazionale generale (88), dalle caratteristiche comuni delle costituzioni nazionali degli Stati membri (89), nonché dalla convenzione europea, firmata a Roma nel 1950, per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (90).

Il secondo tipo di rinvio pregiudiziale disciplinato dall'art. 234, quello relativo all'interpretazione del diritto comunitario, non presenta invece analogie neppure con i due procedimenti nazionali di giustizia costituzionale che sono stati ricordati e resta, pertanto, una « creazione originale » del trattato di Roma. Allorché il giudice nazionale investe la Corte di giustizia di una questione pregiudiziale di interpretazione, si tratterà, per il giudice comunitario, di ricostruire il significato di una o più disposizioni di diritto comunitario, ovvero di enucleare un principio

---

(88) V. ad esempio, da ultimo, la sentenza Corte di giustizia, 16 giugno 1998, in causa C-162/96, *Racke*, in *Raccolta*, 1998, I-3655, ai punti 24 e 46 della motivazione: « occorre osservare, in via preliminare, che, sebbene non vincolanti per la Comunità e per tutti gli Stati membri di questa, varie disposizioni della Convenzione di Vienna [del 1969 sul diritto dei trattati], tra cui l'art. 62, rispecchiano le norme del diritto internazionale che sanciscono, subordinatamente a talune condizioni, il principio per cui un cambiamento di circostanze può comportare la caducità o la sospensione del trattato. In questo senso la Corte internazionale di giustizia ha affermato che questo principio e le condizioni eccezionali alle quali è subordinato sono stati enunciati dall'art. 62 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, che può, sotto vari aspetti, considerarsi come una codificazione del diritto consuetudinario esistente riguardo la cessazione delle relazioni internazionali a motivo di un cambiamento di circostanze... Ne deriva che le norme del diritto consuetudinario internazionale relative alla cessazione e alla sospensione delle relazioni convenzionali a motivo di un cambiamento fondamentale delle circostanze vincolano le istituzioni della Comunità e fanno parte dell'ordinarnento giuridico comunitario ».

(89) Cfr., in particolare, l'art. 6 (*ex* art. F) parr. 1 e 2, del trattato sull'Unione europea: « L'Unione si fonda su principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dello stato di diritto, principi che sono comuni agli Stati membri... L'Unione rispetta i diritti fondamentali... quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario ».

(90) Il par. 2 dell'art. 6 del trattato di Maastricht recita: « L'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 ».

generale (91). Oggetto del giudizio dinanzi alla Corte sono, in questo caso, i trattati istitutivi (92), gli atti delle istituzioni comunitarie (eventualmente anche « atipici », cioè diversi da quelli nominati dall'art. 249, già art. 189, del trattato), gli atti della Banca centrale europea, gli statuti degli organismi creati con atto del Consiglio, le disposizioni del titolo IV del trattato di Roma e gli atti delle istituzioni fondati su tale titolo, le decisioni-quadro, le decisioni e le convenzioni (comprese le relative misure di applicazione) adottate in base al titolo VI del trattato sull'Unione europea, le norme contenute in alcune convenzioni internazionali stipulate fra Stati membri (93).

Il rinvio pregiudiziale di interpretazione disciplinato dall'art. 234 costituisce quindi, a sua volta, un modello originale, dal quale hanno preso spunto altri trattati internazionali. Tra

---

(91) G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, 2ª ed., Roma-Bari, 1999, p. 101, afferma, con una sintesi assai felice, che « oltre a costituire parametri per il giudizio di legittimità degli atti delle istituzioni, i principi generali contribuiscono a dare elementi per interpretare le norme comunitarie e per integrarne il contenuto ». Sui principi generali di diritto comunitario v. anche *supra*, nel testo ed alla nota 63.

(92) Quindi, i trattati istitutivi CECA, CE e CEEA e successive modifiche, nonché il trattato sull'Unione europea, sottoscritto a Maastricht il 7 febbraio 1992 e successive modifiche.

(93) Il riferimento corre, ad esempio, alla convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968 concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (oggi trasfusa, con alcune modifiche, nel regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, in *GUCE* L 12 del 16 gennaio 2001: v. *infra*, in nota 119), alla convenzione di Lussemburgo 15 dicembre 1975 sul brevetto comunitario, così come modificata dall'accordo di Lussemburgo 15 dicembre 1989, ed al protocollo sulla composizione delle controversie in materia di contraffazione e validità dei brevetti comunitari (annesso all'accordo di Lussemburgo), nonché, per portare un esempio più recente, alla convenzione del 26 luglio 1995 che istituisce un Ufficio europeo di polizia (Europol), in vigore dal 1º ottobre 1998, il cui testo è pubblicato in *GUCE* C 316 del 27 novembre 1995 (su tale convenzione v. anche *infra*, in nota 106). La competenza a pronunciarsi sull'interpretazione di tali convenzioni è stata conferita alla Corte in virtù di appositi protocolli. Un protocollo del 1988, peraltro non ancora in vigore, estende la competenza della Corte anche all'interpretazione della convenzione di Roma 19 giugno 1980 in tema di legge regolatrice delle obbligazioni contrattuali, quest'ultima in vigore dal 1º aprile 1991. In tema, da ultimo, L.S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2000, p. 57 ss. Per un esempio, invece, di esercizio della competenza pregiudiziale su un atto « atipico » delle istituzioni, Corte di giustizia, 24 ottobre 1973, in causa 9/73, *Schlüter*, in *Raccolta*, 1973, 1135.

questi, il trattato 31 marzo 1965 relativo all'istituzione ed allo statuto della Corte di giustizia del Benelux, le cui attribuzioni ricalcano puntualmente quelle attribuite dall'art. 234 alla Corte comunitaria (94), nonché l'accordo di Cartagena del 28 maggio 1979 (95), tra Bolivia, Colombia, Ecuador, Perù e Venezuela, anch'esso istitutivo di una corte competente a decidere su questioni pregiudiziali.

Il progetto di accordo tra la Comunità ed i paesi dell'Associazione europea di libero scambio (EFTA) (96), relativo alla creazione dello Spazio economico europeo (SEE), istituiva un particolare sistema di controllo giurisdizionale, nell'ambito del quale era tra l'altro prevista la competenza di una istituenda corte (la Corte SEE, composta da giudici della Corte di giustizia comunitaria e da giudici designati dagli Stati EFTA aderenti all'accordo SEE) a pronunciarsi in via pregiudiziale sui quesiti sollevati in ordine all'interpretazione dello stesso accordo. Chiamata ad esprimere il proprio parere sulla compatibilità con il trattato di tale meccanismo di garanzia giurisdizionale, la Corte di giustizia si è tuttavia espressa in senso negativo (97).

---

(94) Sulle caratteristiche della Corte di giustizia del Benelux, ancora di recente, Corte di giustizia, 4 novembre 1997, in causa C-337/95, *Parfums Christian Dior*, in *Raccolta*, 1997, I-6013, punti da 15 a 31 della motivazione. Nella fattispecie si poneva il problema, risolto dalla Corte in senso affermativo, di accertare se la Corte di giustizia del Benelux rientrasse nella nozione di « giurisdizione nazionale », rilevante ai sensi dell'art. 234 del trattato.

(95) Per una sintesi di alcuni degli obiettivi perseguiti dall'accordo di Cartagena, in quanto organizzazione di integrazione subregionale, v., tra i documenti comunitari, il testo dell'accordo di cooperazione tra la Comunità economica europea, da un lato, e l'accordo di Cartagena ed i suoi paesi membri, dall'altro (pubblicato in *GUCE* L 153 dell'8 giugno 1984).

(96) Sono oggi parti dell'Associazione europeo di libero scambio (EFTA o AELE, secondo gli acronimi rispettivamente in lingua inglese e francese), istituita il 4 gennaio 1960, Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera.

(97) Si tratta del (primo) parere reso al riguardo dalla Corte di giustizia (parere n. 1/91, del 14 dicembre 1991, in *Raccolta*, 1991, I-6079). Sul punto specifico la Corte afferma: « È vero che nessuna disposizione del trattato CEE osta a che un accordo conferisca alla Corte di giustizia competenza ad interpretare le disposizioni dell'accordo stesso ai fini della sua applicazione in Stati terzi e che non si possono opporre obiezioni di principio né alla libertà, riservata dall'accordo agli Stati dell'Associazione europea di libero scambio, di autorizzare i loro giudici a sottoporre questioni alla Corte, né al fatto che a taluni di detti giudici non sia imposto l'obbligo di rivolgersi alla Corte di giustizia. *Per contro, non si può ammette-*

Proprio in considerazione dei rilievi critici evidenziati nel parere, il sistema di controllo delineato nel testo definitivo dell'accordo SEE (98) prevede l'istituzione (non più di una Corte SEE, bensì) di una Corte EFTA (99), con competenze limitate ai soli Paesi di tale associazione aderenti all'accordo (100), mentre resta ferma la competenza del giudice comunitario a pronunciarsi in via pregiudiziale sull'interpretazione delle disposizioni dell'accordo SEE il cui oggetto rientri nell'ambito delle competenze comunitarie. Infatti, come sottolineato dalla giurisprudenza comunitaria, le disposizioni di un accordo misto (101) — quale è quello in esame, stipulato a sensi dell'art. 228 (oggi art. 300) del trattato — in quanto « formano, dal momento della sua entrata in vigore, parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario », possono costituire l'oggetto di un quesito interpretativo

---

re che le soluzioni fornite dalla Corte di giustizia ai giudici degli Stati dell'Associazione europea di libero scambio abbiano valore puramente consultivo e siano prive di efficacia vincolante. Tale situazione snaturerebbe la funzione della Corte di giustizia, quale è concepita dal trattato CEE, vale a dire quella di un organo giurisdizionale che pronuncia sentenze vincolanti » (corsivo aggiunto). Si temeva infatti che il sistema giurisdizionale delineato nel progetto di accordo SEE avesse caratteristiche tali da minare la stessa autonomia dell'ordinamento comunitario: per tutti, A. LANG, *L'accordo sullo spazio economico europeo e la compatibilità con il diritto comunitario*, in *Dir. comm. int.*, 1992, p. 579.

(98) Il testo dell'accordo sullo Spazio economico europeo (SEE), firmato ad Oporto il 2 maggio 1992 dagli Stati CE, da una parte, e dagli Stati EFTA, dall'altra, è pubblicato in *GUCE* L 1 del 3 gennaio 1994. La Svizzera, tuttavia, non ha poi proceduto alla ratifica dell'accordo SEE, per effetto dell'esito negativo del referendum svoltosi nel dicembre 1992. L'accordo SEE è entrato in vigore nei confronti degli altri Stati firmatari il 1° gennaio 1994. Per un raffronto tra il sistema dello SEE e quello comunitario, ancora di recente, L. FUMAGALLI, *La responsabilità dello Stato EFTA nei confronti dei privati per la violazione del diritto dello Spazio economico europeo: una giurisprudenza recente*, in *Dir. Unione eur.*, 2000, p. 324 ss.

(99) La Corte EFTA è stata istituita mediante l'accordo *ESA/Court Agreement* (così indicato nell'abbreviazione inglese), sottoscritto a Oporto in occasione e contestualmente alla firma dell'accordo SEE (il testo è pubblicato in *GUCE* L 344 del 31 dicembre 1994): L. FUMAGALLI, *Spazio economico europeo e garanzie giurisdizionali: la Corte EFTA (1° gennaio 1994-30 giugno 1995)*, in *Dir. Unione eur.*, 1997, p. 487 ss.

(100) La disposizione rilevante al riguardo è l'art. 108, par. 2, dell'accordo SEE.

(101) A proposito della competenza della Corte di giustizia ad interpretare accordi misti, G. GAJA, *Sull'interpretazione degli accordi misti da parte della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. int.*, 1988, p. 605 s.

sollevato, ai sensi dell'art. 234 del trattato, da giudici di Stati membri della Comunità (102).

Per quanto riguarda i giudici di Stati EFTA, il protocollo n. 34 all'accordo SEE prevede la possibilità che venga estesa anche nei loro confronti la possibilità di adire in via pregiudiziale la Corte comunitaria, a condizione che le norme dell'accordo a proposito delle quali si è posto il problema interpretativo abbiano contenuto sostanzialmente identico a quello di norme comunitarie (103).

4. Con il trattato di Amsterdam, come è noto, una porzione del « vecchio » terzo pilastro, quello relativo a visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone, non afferisce più al settore della cooperazione governativa all'interno dell'Unione europea, ma è stata « comunitarizzata », cioè inclusa nel primo pilastro (quello del diritto comunitario in senso stretto), dove le è stato dedicato il titolo IV (*ex* titolo III-*bis*) del trattato di Roma (104).

---

(102) Corte di giustizia 30 aprile 1974, in causa 181/73, *Haegeman*, in *Raccolta*, 1974, 449; 30 settembre 1987, in causa 12/86, *Demirel*, in *Raccolta*, 1987, 3719, punto 7 della motivazione, nonché — pur con una motivazione meno lineare — 16 giugno 1998, in causa C-53/96, *Hermès*, in *Raccolta*, 1998, I-3603, con commento B.I. BONAFÉ, *Il contributo del caso* Hermès *alla soluzione dei problemi posti dagli accordi misti*, in *Dir. Unione eur.*, 1999, pp. 109-122, spec. p. 115 ss.

(103) Art. 107 dell'accordo SEE: « Il protocollo 34 prevede la possibilità, per uno Stato AELE (EFTA), di permettere che una corte o tribunale chieda alla Corte di giustizia delle Comunità europee di pronunciarsi sull'interpretazione di determinate norme SEE ». Il protocollo n. 34 disciplina infatti la facoltà per le corti e i tribunali degli Stati EFTA di chiedere alla Corte di giustizia delle Comunità europee di pronunciarsi sull'interpretazione delle norme SEE *corrispondenti* a norme comunitarie. Nel senso evidenziato nel testo, da ultimo, M. BAPTISTA, *Manuale del rinvio pregiudiziale*, Padova, 2000, p. 25 ss.

(104) In argomento R. ADAM, *La cooperazione nel campo della giustizia e affari interni: da Schengen a Maastricht*, in *Riv. dir. eur.*, 1994, p. 225 ss.; D. MCMAHON, *Maastricht Third Pillar: Load-Bearing or Purely Decorative?*, in *Legal issues eur. integration*, 1995, p. 51 ss.; F. DEHOUSSE, L. VAN DE HENDE, *Pladoyer pour la réforme du troisième pilier*, in *Rev. marché comm.*, 1996, p. 714 ss.; J.P. JACQUÉ, *Affaires intérieures et justice: quelques refléxions*, in *Rev. marché comm.*, 1996, p. 279 ss.; N. PARISI, *Il « terzo pilastro » dell'Unione europea*, in *Giustizia e affari interni nell'Unione europea* a cura di N. PARISI e D. RINOLDI, Torino, 1996, p. 25 ss.; A. TIZZANO, *Brevi note sul « terzo pilastro » del trattato di Maastricht*, in *Dir. Unione eur.*, 1996, p. 391 ss.; D. VIGNES, *Pladoyer pour le III pilier, Rev. marché*

Tale ampliamento delle competenze comunitarie è funzionale — come ribadito anche dall'art. 61 (*ex* art. 73 I) del trattato — alla realizzazione di uno degli obiettivi principali sui quali si fonda l'Unione europea: quello del consolidamento e progressivo sviluppo di uno spazio integrato di libertà, sicurezza e giustizia. Nella prospettiva indicata, l'art. 61 attribuisce al Consiglio — nelle forme e nei termini disciplinati dai successivi articoli da 62 a 67 — il potere di adottare tutte le misure e decisioni necessarie al perseguimento di tale obiettivo, nel rispetto dei principi di sussidiarietà (ove rilevante) e di proporzionalità (105). A quest'ultimo riguardo va richiamato, infatti, l'art. 5 del trattato di Roma, il quale prevede che le istituzioni comunitarie, negli ambiti non riservati alla competenza esclusiva della Comunità — come nel caso, appunto, delle materie contemplate dal titolo IV — debbano ispirare la loro azione ad un puntuale rispetto dei principi ora ricordati.

In base a quanto previsto dall'art. 68 (*ex* art. 73 P) del trattato, la giurisdizione della Corte di giustizia viene dunque estesa a nuovi settori, nei quali è avvertita in modo particolarmente significativo, per la delicatezza delle materie trattate, l'esigenza di garantire una verifica costante della certa ed uniforme attuazione del diritto comunitario. Ed in tale prospettiva, va almeno ricordato che, con il trattato di Amsterdam, tale ampliamento riguarda non solo le materie « attratte » nel titolo IV del trattato di Roma, ma anche quelle incluse nella parte non « comunitarizzata » del terzo pilastro. Con modalità in parte coincidenti con quelle previste dall'art. 68 del trattato di Roma, infatti, l'art. 35 (già art. K 7) del trattato sull'Unione europea attribuisce alla Corte la competenza a conoscere delle questioni pregiudiziali relative all'interpretazione ed all'accertamento della validità delle decisioni-quadro e delle decisioni, nonché delle misure relative

---

comm., 1996, p. 273 ss.; L.S. ROSSI, *Verso una parziale « comunitarizzazione » del terzo pilastro*, in *Dir. Unione eur.*, 1997, p. 229 ss.; D. O'KEEFFE, *La cooperazione intergovernativa e il terzo pilastro del Trattato sull'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1997, p. 651 ss.

(105) A proposito dei principi di proporzionalità e sussidiarietà nel diritto comunitario v. il protocollo (n. 30) al trattato di Roma, relativo all'applicazione dei principi di proporzionalità e sussidiarietà (1997). Sul rilievo di tali principi nel diritto comunitario, da ultimo, C. PINELLI, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in *Dir. Unione eur.*, 1999, p. 725 ss.

alla loro applicazione, adottate nell'ambito della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale. Essa può inoltre pronunciarsi, unicamente in via interpretativa, sulle questioni pregiudiziali sorte in relazione alle convenzioni stipulate in tale ambito, quali la convenzione *Europol* che istituisce un Ufficio europeo di polizia, come peraltro precisato nel relativo protocollo, adottato nel 1996 (106).

Tali estensioni della competenza della Corte di giustizia non sono tuttavia incondizionate, ma incontrano alcune eccezioni *ratione materiae*, desumibili, per quanto concerne il primo pilastro, dal par. 2 dell'art. 68. Tale disposizione prevede infatti che la Corte non possa pronunciarsi sull'interpretazione o validità delle misure e decisioni adottate, nell'ambito del titolo IV del trattato, in tema di mantenimento dell'ordine pubblico e di salvaguardia della sicurezza interna (107). Per quanto attiene invece al terzo pilastro, l'art. 35 del trattato sull'Unione europea preclude alla Corte la verifica della validità o proporzionalità di operazioni effettuate dalla polizia o da altri servizi incaricati dell'applicazione della legge di Stati membri, nonché il controllo sull'esercizio della responsabilità, facenti carico a questi ultimi, in tema di mantenimento dell'ordine pubblico e di salvaguardia della sicurezza interna (108).

Vi è poi un limite ulteriore, questa volta *ratione personarum*, alle estensioni ricordate della competenza pregiudiziale della Corte. Esso non riguarda soltanto il terzo pilastro, nell'ambito del quale tale competenza è subordinata ad uno specifico atto di accettazione da parte degli Stati (109), ma interessa anche il primo pilastro, limitatamente alle materie incluse nel titolo IV del

---

(106) Si tratta del protocollo concluso, il 23 luglio 1996, in base all'art. K 3 (oggi 31) del trattato sull'Unione europea, concernente l'interpretazione, in via pregiudiziale, da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee, della convenzione che istituisce un Ufficio europeo di polizia (in *GUCE* C 299 del 9 ottobre 1996, p. 1 ss.). A proposito della convenzione *Europol* del 26 luglio 1995, v. *supra*, in nota 93. Per un commento, M. PASTORE, *La cooperazione fra autorità di polizia: Schengen e Unione europea a confronto*, in *Giustizia e affari interni nell'Unione europea* cit., p. 179 ss.

(107) Così il par. 2 dell'art. 68.

(108) Si esprime in questi termini il par. 5 dell'art. 35.

(109) Tale accettazione, che poteva essere espressa già all'atto della firma del trattato di Amsterdam, può intervenire in qualsiasi momento: così il par. 2 dell'art. 35 del trattato sull'Unione europea.

trattato di Roma (110). In tema di visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse alla libera circolazione delle persone è infatti riconosciuta ad alcuni Stati membri una facoltà di *opting-out* ed *opting-in*, da esercitarsi anche caso per caso, e quindi, eventualmente, in relazione a singoli atti adottati dalle istituzioni comunitarie in tale settore (111). Con un sistema *à la carte*, gli Stati possono dunque sottrarsi alla giurisdizione della Corte nell'ambito del terzo pilastro, non manifestando al riguardo la propria accettazione (secondo uno schema di matrice evidentemente « internazionalistica ») (112), ovvero, per quanto riguarda il primo pilastro, dichiarandosi non vincolati alle disposizioni del titolo IV del trattato (113).

A proposito del ruolo del giudice comunitario nell'ambito di tale titolo IV, l'art. 68 precisa che la Corte di giustizia può conoscere delle questioni interpretative riguardanti le disposizioni presenti in tale titolo, nonché di quelle in tema di interpretazione e validità delle misure e degli atti adottati dalle istituzioni comunitarie in virtù dei poteri loro conferiti dall'art. 61 e seguenti.

---

(110) R. ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Dir. Unione eur.*, 1998, p. 483 ss.

(111) A tale proposito rileva l'art. 69 del trattato: « Il presente titolo si applica nel rispetto delle disposizioni del protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda e del protocollo sulla posizione della Danimarca e fatto salvo il protocollo sull'applicazione di alcuni aspetti dell'art. 14 del trattato che istituisce la Comunità europea al Regno Unito e all'Irlanda ».

(112) Si costruisce così una sorta di Europa « a geometria variabile »: tale caratteristica del diritto dell'Unione europea, salutata con favore in alcuni Stati membri (ad esempio, nel Regno Unito, dove sono stati sottolineati in modo particolare i vantaggi derivanti dalla *flexibility* del trattato di Amsterdam) è stata invece oggetto di serrata critica da parte di alcuni commentatori: v. P. BIAVATI, *Prime note sulla giurisdizione comunitaria dopo il trattato di Amsterdam*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 805 ss.; H. LABAYLE, *Le traité de Amsterdam. Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1997, p. 839 ss.; R. DEHOUSSE, *Le traité d'Amsterdam, reflet de la nouvelle Europe*, in *Cahiers dr. eur.*, 1997, p. 265 ss.; C. HAGUENAU-MOIZARD, *Le traité d'Amsterdam: une negotiation inachevé*, in *Rev. marché comm.*, 1998, p. 240 ss.

(113) Il titolo IV del trattato, come già ricordato, non è applicabile alla Danimarca, per effetto del protocollo relativo a tale Stato (v. l'art. 69 del trattato). Tale titolo non si applica altresì a Regno Unito e Irlanda, salvo diversa opzione che essi potranno operare successivamente. Fin da ora, questi due Stati hanno peraltro già espresso (nel Consiglio giustizia e affari interni del 12 marzo 1999) la loro intenzione di partecipare pienamente all'attività della Comunità nel settore specifico della cooperazione giudiziaria in materia civile.

Tale disposizione non si limita tuttavia ad affermare — come del resto sarebbe parso forse addirittura scontato, trattandosi di materie ormai « comunitarizzate » e quindi « incorporate » nello stesso trattato di Roma — la competenza pregiudiziale della Corte nelle materie disciplinate dal titolo IV, ma precisa che, in tale ambito, l'art. 234 debba trovare applicazione unicamente nelle « circostanze » ed alle « condizioni » ivi espressamente previste.

Accanto al rinvio pregiudiziale, modellato, con alcune variazioni, sulla disciplina-paradigma offerta dall'art. 234, l'art. 68 prevede un ulteriore tipo di ricorso che può essere promosso in via principale, ad iniziativa del Consiglio, della Commissione e degli Stati membri, su questioni relative all'interpretazione delle disposizioni contenute nello stesso titolo IV del trattato, ovvero degli atti adottati dalle istituzioni comunitarie in tale ambito.

È questa una tipologia di ricorso che presenta alcune analogie con quella, desumibile dall'art. 4 del protocollo di Lussemburgo 3 giugno 1971, sull'interpretazione della convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968, concernente la competenza e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (114). Va ricordato, almeno per inciso, che tale convenzione presenta uno specifico collegamento con il trattato di Roma, in quanto essa trova il suo fondamento (come espressamente precisato nel

---

(114) La convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 è entrata in vigore tra i sei Stati in allora membri della Comunità economica europea il 1° febbraio 1973. Il protocollo relativo alla sua interpretazione, sottoscritto a Lussemburgo il 3 giugno 1971, è entrato invece in vigore il 1° settembre 1975. In argomento v. F. POCAR, *Il protocollo sull'interpretazione uniforme della convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1978, p. 281 ss.; R. SOCINI LEYENDECKER, *Sulla competenza pregiudiziale della Corte comunitaria in base al protocollo 3 giugno 1971 relativo alla convenzione di Bruxelles 27 settembre 1968 circa la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, in *Jus*, 1990, p. 115 ss.; A. BRIGUGLIO, *L'interpretazione pregiudiziale della convenzione di Bruxelles tra Corte di giustizia e Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, p. 1063 ss. Come è noto, le norme contenute nella convenzione di Bruxelles sono un esempio particolarmente significativo di « formazione progressiva » del diritto, in quanto il testo sottoscritto nel 1968 è stato oggetto di numerose revisioni, volte ad adeguarlo alle esigenze via via manifestate dalla prassi. L'occasione per introdurre tali modifiche si è presentata allorché, in conseguenza dell'allargamento della Comunità, sono state stipulate, con i nuovi Stati membri, convenzioni volte a consentire la loro adesione anche alla convenzione di Bruxelles.

preambolo) nell'art. 293 (già art. 220) di tale trattato, che appunto si richiama, tra l'altro, all'esigenza di concordare norme volte a realizzare la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie (115).

Il protocollo di Lussemburgo attribuisce competenza alla Corte non solo a pronunciarsi sui quesiti interpretativi sollevati incidentalmente nel corso di un giudizio nazionale, ma anche sulle questioni, aventi il medesimo oggetto, ad essa sottoposte in via principale, su istanza — per quanto riguarda l'Italia — dei procuratori generali presso la Corte di cassazione (116). Nella relazione Jenard al protocollo del 1971 viene sottolineato che quest'ultima forma di ricorso si colloca tra il ricorso nell'interesse della legge (dal quale peraltro si discosta, in quanto non comporta la cassazione delle sentenza nazionale nell'ambito della quale sia stata operata un'interpretazione non corretta della convenzione di Bruxelles), ed il ricorso consultivo (rispetto al quale presenta la caratteristica peculiare di presupporre una decisione,

---

(115) La disciplina contenuta nella convenzione di Bruxelles, così come progressivamente integrata ed « evoluta » — con l'apporto decisivo della giurisprudenza (non solo interna, ma anche e soprattutto) della Corte di giustizia — in occasione dell'adesione alla Comunità di nuovi Stati e per il tramite delle varie convenzioni a tal fine stipulate, ha quindi consentito la realizzazione, all'interno della Comunità, di uno spazio giudiziario integrato. Come è noto, tale spazio si è poi ulteriormente ampliato a seguito dell'entrata in vigore della convenzione « parallela » a quella di Bruxelles, sottoscritta a Lugano il 16 settembre 1988, della quale fanno parte, oltre agli Stati membri della Comunità, i Paesi appartenenti all'Associazione europea di libero scambio (a proposito della quale v. *supra*, in nota 96). S.M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo* cit., p. 7 ss.; H. GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano (compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe)*, 2ª ed., Paris, 1996, p. 18 ss.; F. POCAR, *La convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, 3ª ed., Milano, 1995; S. BARIATTI, *L'entrata in vigore per l'Italia della convenzione di Donostia-San Sebastiano sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, p. 471 ss.; G. DROZ, *La Convention de San Sebastian alignant la Convention de Bruxelles sur la Convention de Lugano*, in *Revue critique*, 1990, p. 1 ss.; U. LEANZA, *Interpretazioni giurisprudenziali della Convenzione di Bruxelles e della Convenzione di Lugano*, in *Jus*, 1990, p. 77 ss.

(116) L'art. 4 del protocollo del 1971 prevede al riguardo: « 1. L'autorità competente di uno Stato membro ha *facoltà* di domandare alla Corte di giustizia di pronunciarsi su una questione di interpretazione della convenzione e degli altri testi di cui all'art. 1 ».

già pronunciata, concernente l'interpretazione di tale convenzione) (117).

Come già ricordato, tuttavia, il settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, in quanto ricompresa nelle « altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone », è destinata a trovare la propria disciplina (non più nell'ambito di convenzioni internazionali, collegate al primo pilastro in virtù dell'art. 293, bensì direttamente) nell'ambito del titolo IV del trattato di Roma (ed, in particolare, nel suo art. 65) (118). In prospettiva, quando entrerà in vigore il regolamento n. 44 del 2001 (119), nel quale sono state trasfuse, con alcune modifiche e qualche « aggiornamento », le disposizioni della convenzione di Bruxelles del 1968, non sarà più l'art. 4 del protocollo di Lussemburgo a regolare le forme e modalità (tanto in via incidentale, che in via principale) di accesso alla Corte, bensì l'art. 234 del trattato, nella sua versione « attenuata » desumibile dall'art. 68 (120).

La tecnica di recepire in un atto delle istituzioni comunitarie il contenuto di un accordo precedentemente in vigore tra gli Stati membri è stata già sperimentata in relazione ad altre convenzioni adottate in settori oggi « attratti » nel titolo IV del trattato, in quanto attinenti, al pari del « sistema » della convenzione di Bruxelles, alla cooperazione giudiziaria in materia civile. È

---

(117) Cfr. la relazione predisposta da Paul Jenard (pubblicata in *GUCE* C 59 del 5 marzo 1979), al punto 14.

(118) G. MAGNO, *La cooperazione giudiziaria in materia civile*, in *Giustizia e affari interni nell'Unione europea* cit., p. 103 ss.; C. KOHLER, *Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam*, in *Revue critique*, 1999, p. 6 ss.

(119) Si tratta del regolamento (CE) n. 44/2001 del Consiglio, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GUCE* L 12 del 16 gennaio 2001, già richiamato *supra*, in nota 93, il quale è destinato a « sostituire ed aggiornare il contenuto della convenzione di Bruxelles del 1968 e del relativo protocollo », e quindi a (più efficacemente) « uniformare le norme di diritto internazionale privato degli Stati membri relative alla competenza giurisdizionale, nonché a migliorare ed accelerare il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale ». La sua entrata in vigore è stata differita al 1° marzo 2002. Sulle prospettive di tale riforma, P. BIAVATI, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Milano, 1997, p. 60 ss.

(120) A tale proposito, ancora di recente, P. BIAVATI, *Le prospettive di riforma della convenzione di Bruxelles*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 120 ss.

il caso dei tre regolamenti, adottati il 29 maggio 2000, relativi, rispettivamente, alle procedure di insolvenza (121), alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi (122), nonché alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile è commerciale (123).

Tornando all'art. 68, occorre sottolineare che tale disposizione precisa che la decisione pronunciata dalla Corte di giustizia sui quesiti interpretativi ad essa sottoposti in via principale, « non si applica » alle sentenze passate in giudicato rese dagli organi giurisdizionali di Stati membri (124). Si tratta, in realtà, di una precisazione del tutto in linea con quanto avviene con riguardo alle sentenze interpretative pronunciate dalla Corte *ex* art. 234 del trattato: le sentenze rese a tale titolo dalla Corte, infatti, pur essendo tipicamente destinate a produrre effetti *ex tunc* (in coerenza con il principio generale della prevalenza del giudicato sullo *ius superveniens*) (125) non incidono mai sui rapporti che, nell'ambito degli ordinamenti interni, risultano coperti da giudicato sostanziale e, pertanto, non più modificabili (126). Le eventuali eccezioni, rispetto alla normale efficacia *ex tunc* delle sentenze interpretative della Corte, sono infatti orien-

---

(121) Regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio, in data 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza, in *GUCE* L 160 del 30 giugno 2000, la cui entrata in vigore è stata fissata al 31 maggio 2002.

(122) Regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio, in data 29 maggio 2000, relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, in *GUCE* L 160 del 30 giugno 2000, in vigore dal 1° marzo 2001.

(123) Regolamento (CE) n. 1347/2000 del Consiglio, in data 29 maggio 2000, relativo alla notificazione e alla comunicazione negli Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile è commerciale, in *GUCE* L 160 del 30 giugno 2000, in vigore dal 31 maggio 2001, in sostituzione della convenzione 26 maggio 1997 (in *GUCE* C 261 del 27 agosto 1997), relativa alla notificazione negli Stati membri dell'Unione europea degli atti giudiziari ed extragiudiziali in materia civile è commerciale, peraltro non in vigore.

(124) Così l'ultima parte dell'art. 68, par. 3.

(125) Sulla valenza di tale principio generale v. R. CAPONI, *L'efficacia del giudicato nel tempo*, Milano, 1991, p. 175 ss. La giurisprudenza comunitaria è univoca al riguardo: cfr., per tutte, Corte di giustizia, 27 marzo 1980, in causa 61/79, *Denkavit*, in *Raccolta*, 1980, 1205.

(126) A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria* cit., p. 291 ss.

tate in direzione opposta, in quanto tipicamente tendono, per ragioni di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento, a limitarne *ex nunc* l'operatività (127).

5. Si è già accennato che l'art. 68 del trattato di Roma (128) definisce la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia in materia di visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone, attraverso un rinvio, seppur « condizionato », all'art. 234 del medesimo trattato.

Tra gli elementi di continuità fra i due « modelli » vi è, in primo luogo, l'attribuzione alla Corte di giustizia della competenza a pronunciarsi in via pregiudiziale non soltanto su questioni interpretative, ma anche su questioni relative al controllo di legittimità degli atti delle istituzioni (in linea, peraltro, con quanto previsto, in relazione al terzo pilastro, anche dal par. 1 dell'art. 35 del trattato di Maastricht). In secondo luogo, in entrambi i « modelli » (ed a differenza, sotto tale profilo, di quanto invece avviene nell'ambito del terzo pilastro) (129) le giurisdizioni

---

(127) Sul punto, per tutte, Corte di giustizia, 8 aprile 1976, in causa 43/75, *Defrenne*, in *Raccolta*, 1976, 455. In dottrina, G. BEBR, *Preliminary Rulings of the Court of Justice: Their Authority and Temporale Effecsts*, in *C.M.L. Rev.*, 1981, p. 475 ss.; G. ISAAC, *La modulation par la Cour de Justice des Communautées européennes des effets dans le temps de ses arrêts d'invalidité*, in *Cahier dr. eur.*, 1987, p. 144 ss.; A. ADINOLFI, *L'accertamento in via pregiudiziale della validità* cit., p. 345 ss.; P. MENGOZZI, *Il diritto delle Comunità europee*, Padova, 1997, pp. 251 ss. e 253 ss.

(128) In base a quanto specificamente previsto dai parr. 1 e 2 di tale articolo.

(129) Nell'ambito del terzo pilastro, infatti, gli Stati possono optare tra un sistema che accorda a tutte le giurisdizioni, ovvero alle sole giurisdizioni di ultima istanza, la *facoltà* di proporre alla Corte di giustizia un quesito pregiudiziale (di interpretazione o di accertamento della validità), la cui soluzione appaia necessaria al fine di pronunciarsi nel giudizio *a quo*. In tema M. CONDINANZI, *La (fantomatica) competenza della Corte di giustizia delle Comunità europee nelle convenzioni concluse agli Stati membri ai sensi dell'art K.3 lett. c) del Trattato sull'Unione*, in *Dir. Unione eur.*, 1996, p. 579 ss.; L. SALAZAR, *Il controverso ruolo della Corte di giustizia nel « terzo pilastro »: prime applicazioni dell'art. K.3 del trattato sull'Unione europea*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 1998, p. 905 ss.; M. CHAVRIER, *La Cour de justice après le traité d'Amsterdam: palingénésie ou palinodies?*, in *Rev. marché com.*, 2000, p. 546 ss.

nazionali « avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno » sono tenute a sottoporre alla Corte i quesiti sull'interpretazione o la legittimità di norme comunitarie, quando ravvisino la necessità di un chiarimento sul punto, in vista di definire la controversia dinanzi a loro pendente. Tale obbligo per le giurisdizioni nazionali di ultima istanza, espressamente sancito dall'art. 234, deve ritenersi operante anche nel quadro dell'art. 68, che nulla prevede in deroga alla disciplina-paradigma: come è stato già ricordato, infatti, quest'ultima disciplina, desumibile dall'art. 234, deve trovare applicazione nell'ambito del titolo IV del trattato, tutte le volte che lo stesso art. 68 non abbia diversamente disposto (130).

A sostegno di tale interpretazione, suggerita già dalla formulazione letterale dell'art. 68, possono essere richiamati anche altri argomenti sia di carattere testuale (l'uso, in tale articolo, dell'indicativo presente, per descrivere la condotta delle giurisdizioni di ultima istanza, sottintenderebbe un vero e proprio obbligo a loro carico), che di carattere sistematico (escludendo la previsione di un obbligo, si porrebbe, nell'ambito del titolo IV del trattato, un modello di rinvio pregiudiziale addirittura meno efficace di quello disciplinato nel terzo pilastro, nell'ambito del quale è almeno ammessa la possibilità, per gli Stati, di rendere obbligatorio, per le loro giurisdizioni interne di ultima istanza, il rinvio alla Corte) (131). Inoltre, un argomento tratto dalla stessa funzione che la procedura è chiamata a svolgere, non solo nell'interesse di una uniforme e certa applicazione del diritto comunitario, ma anche a protezione delle posizioni individuali. Come già ricordato, infatti, tali valori sono realmente tutelati soltanto garantendo — eventualmente dopo l'esaurimento delle vie interne di ricorso, se le giurisdizioni non di ultimo grado non procedono al rinvio — che le questioni dubbie, relative all'interpreta-

(130) Per una soluzione diversa, nel senso, cioè del riconoscimento di una semplice facoltà ai giudici di ultima istanza, allorché si tratti di porre una questione pregiudiziale sull'interpretazione del titolo IV del trattato, ovvero sull'interpretazione e validità di atti adottati nelle materie incluse in tale titolo, v. P. BIAVATI, *Prime note sulla giurisdizione comunitaria dopo il trattato di Amsterdam*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 821; H. LABAYLE, *Le traité de Amsterdam. Un espace de liberté, de securité et de justice* cit., p. 721 ss.

(131) Così A. TIZZANO, *Il Trattato di Amsterdam*, Padova, 1998, p. 78 s.

zione ed all'accertamento della validità del diritto comunitario, siano comunque portate dinanzi alla Corte.

Oltre che in ragione delle limitazioni *ratione materiae* e *personarum*, già ricordate, il « modello » di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia desumibile dall'art. 68 si differenzia da quello « classico », disciplinato dall'art. 234, sotto un diverso profilo. Si tratta di una variazione, rispetto al modello di riferimento, volto a ridimensionarne (seppur non in modo decisivo) l'incisività e la « forza » (132). Essa consiste nel precludere l'accesso alla Corte alle « giurisdizioni » nazionali non di ultima istanza (che invece, nel modello di riferimento, sono tutte facoltizzate). Si tratta di una limitazione senz'altro rilevante: infatti le statistiche rivelano che questi ultimi — nel nostro Paese, in linea peraltro con quanto avviene negli altri Stati membri (133) — hanno contribuito in modo decisivo al successo di tale procedura, avviando un numero di ricorsi addirittura cinque volte superiore a quello raggiunto da Cassazione e Consiglio di Stato. Tale limitazione, se ha il pregio di ridimensionare il numero dei ricorsi che verranno presentati in base all'art. 68 del trattato (134), rende tuttavia, inevitabilmente, meno effettivo il perseguimento degli obiettivi alla base della pregiudiziale comunitaria.

---

(132) P. GIRERD, *L'article 68 CE: un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application incertaines*, in *Rev. trim. dr. eur.*, 1999, p. 241 ss.

(133) Nel periodo che va dal 1961 al 1996, Cassazione e Consiglio di Stato avrebbero presentato 79 ricorsi, contro i 414 provenienti dagli altri organi giurisdizionali.

(134) Sono stati già segnalati, nel par. 2 di questo stesso capitolo, i problemi legati al sovraccarico di lavoro della Corte.

V.

LA CARTA EUROPEA DEI DIRITTI FONDAMENTALI: DALL'EUROPA DEGLI STATI ALL'EUROPA DEI CITTADINI

DI

GIORGIO SACERDOTI

Professore ordinario nell'Università Bocconi di Milano

SOMMARIO: 1. Gli antefatti: i 50 anni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. — 2. Perché una Carta dei diritti fondamentali nell'Unione europea? — 3. La redazione della Carta, un modello da seguire. — 4. I contenuti della Carta: i diritti protetti. — 5. A quali atti e rapporti si applica la Carta? — 6. Il valore giuridico della Carta: dichiarazione solenne o integrazione nei Trattati, c'è differenza? — 7. Considerazioni finali: la Carta, l'allargamento, il federalismo europeo.

1. Sono trascorsi esattamente cinquant'anni da quando a Roma il 4 novembre 1950 i rappresentanti dei dodici Stati membri del neonato Consiglio d'Europa firmarono la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). Per la prima volta nella storia, ammaestrati dalla triste esperienza delle dittature e della guerra, un gruppo di Stati varava un dettagliato catalogo di diritti umani fondamentali, dotati di forza giuridica. Non una mera dichiarazione, per quanto solenne, come era il caso della Dichiarazione universale dell'ONU del 1948. Veniva inoltre istituita una procedura per consentire ai loro cittadini di citare lo Stato davanti a delle istanze internazionali appositamente create, la Commissione e la Corte europea dei diritti dell'uomo, per ottenere giustizia in caso di violazione di uno di quei diritti.

I progressi realizzati da allora sono stati notevoli. Inizialmente il diritto di ricorso individuale era circondato da molte cautele. Il ricorso era possibile solo alla Commissione, non direttamente alla Corte, e solo se lo Stato citato aveva espressamente accettato di sottoporsi alla procedura internazionale. Ricordo che solo nel 1973 l'Italia sottoscrisse la relativa dichiarazione.

Con il crollo del muro di Berlino e la caduta dei regimi comunisti l'Europa dei diritti dell'uomo si è ricomposta. I membri

---

Testo aggiornato alla luce delle decisioni dei Consigli Europei di Nizza (10 dicembre 2000) e di Laeken (15-16 dicembre 2001) della prolusione tenuta dall'autore alla Università Bocconi il 23 ottobre 2000 per l'inaugurazione dell'anno accademico 2000-2001.

del Consiglio d'Europa dalla pattuglia iniziale dei paesi dell'Europa occidentale sono diventati 43, tutti parte anche della CEDU: l'ammissione al Consiglio d'Europa è diventato un « sine qua non » per accertare e tenere sotto controllo la democraticità dei paesi usciti dal comunismo, requisito di ogni successiva assistenza e cooperazione. Anche i meccanismi di tutela sono stati semplificati e rinforzati: dal 1998 il filtro della Commissione è caduto e la Corte europea dei diritti dell'uomo, dal moderno *Palais des droits de l'homme* affacciato sul Reno a Strasburgo, esercita direttamente la sua giurisdizione in materia dall'Atlantico agli Urali.

Questa moderna « Magna Carta » dei diritti dell'uomo e della democrazia in Europa è importante per i paesi di più recente democrazia dove l'adeguamento delle leggi non è completo e le violazioni dei diritti individuali sono più frequenti. Basta però scorrere i bollettini mensili con i resoconti delle sentenze della Corte per accorgersi che anche i membri più antichi si trovano spesso sui banchi degli imputati a Strasburgo, compresa come noto l'Italia, e che frequenti sono le condanne in relazione ad ogni sorta di rapporti (1).

I diritti garantiti dalla CEDU devono essere rispettati in ogni circostanza anzitutto all'interno degli Stati membri, e ivi devono potere essere invocati davanti ai giudici, a prescindere dalla tutela in base alle norme interne, anche costituzionali. È recente in questo ambito uno sviluppo significativo: il 3 ottobre 2000 è entrato in vigore in Gran Bretagna il *Human Rights Act*; per atto del Parlamento di Westminster la CEDU diventa parte del diritto interno inglese.

I giudici britannici dovranno applicarla direttamente a preferenza di tutte le altre disposizioni nazionali interpretando que-

(1) In anni passati l'Italia fu condannata per le norme repressive in materia di detenzione preventiva, domicilio coatto anti-mafia e norme antiterrorismo. Più di recente, a prescindere dalla cronica situazione di inammissibile lentezza della giustizia civile, il nostro paese è stato condannato in materia di tutela della proprietà nei procedimenti di esproprio e di mancata esecuzione di sfratti ed ancora per la carente tutela dei creditori nella procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, riformata poi per allinearla al diritto comunitario.

ste ultime in conformità con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo (2).

La concomitanza tra questa svolta e il varo della Carta europea dei diritti fondamentali, che è in sostanza il catalogo aggiornato dei diritti CEDU valido per l'Unione europea, è particolarmente significativa. Essa contraddice le riserve che soprattutto dalla Gran Bretagna vengono mosse contro la Carta: mostra che si tratta più di obiezioni politiche per l'incidenza che essa potrà avere sull'assetto costituzionale dell'Unione, che opposizione di fondo sul contenuto. Nello stesso tempo la decisione inglese di dare efficacia vincolante alla CEDU nel diritto interno testimonia l'importanza riconosciuta alla tutela giudiziaria di origine internazionale dei diritti fondamentali per la protezione dell'individuo anche nei paesi di più antiche tradizioni di libertà.

2. È da anni che la Comunità europea ha cessato di essere solo « economica ». Con l'Unione europea fondata a Maastricht nel 1992 « la integrazione sempre più stretta » tra gli Stati e i popoli europei, vero filo conduttore della costruzione europea, si è estesa ad un ambito assai più vasto. I due nuovi « pilastri » europei che sono stati allora istituiti, anche se regolati da procedure diverse, meno comunitarie e più intergovernative, sono stati concepiti come parte di una struttura originale e complessa di progressiva integrazione: si tratta come noto della politica estera e di sicurezza comune e di un comune « spazio di libertà, sicurezza e giustizia ».

Quest'ultimo terzo pilastro di Maastricht è stato potenziato dal trattato di Amsterdam del 1997, che lo ha trasferito in parte nel seno della Comunità vera e propria. In questo spazio, che i successivi Consigli europei di Colonia e Tampere del 1999 si sono impegnati a rafforzare, è « assicurata la libera circolazione delle persone insieme a misure appropriate per quanto concerne i controlli alle frontiere esterne, l'asilo, l'immigrazione, la pre-

(2) Si tratta di un postulato che in Italia dovrebbe essere pacifico già per effetto della sola ratifica ed esecuzione da parte nostra della CEDU nel lontano 1951, ma che tuttora stenta ad affermarsi in pratica nella giurisprudenza della nostra Cassazione.

venzione della criminalità e la lotta contro quest'ultima » (obbiettivi dell'Unione, art. 2 UE) (3).

L'Unione è anzitutto politica, lo si voglia ammettere o meno. Il suo diritto regola ampi settori di relazione e attività; esso prevale, quasi fossimo già in uno Stato federale, sul diritto nazionale contrastante nei settori di propria competenza. I cittadini degli Stati membri traggono dai trattati dell'Unione e dalla legislazione comunitaria derivata una serie di diritti civili, economici e sociali, che vanno oltre alle libertà di circolazione, soggiorno e stabilimento, e ai diritti politici di eleggibilità e di voto, elencati all'art. 17 CE come propri della cittadinanza europea. Questi diritti spettano anzitutto nei confronti dell'Unione come comunità sopranazionale, la quale grazie anche a questo assetto e a questo rapporto diretto con i cittadini europei non è più una semplice organizzazione internazionale, anche se non si configura ancora come uno Stato federale. Alcuni dei diritti elencati spettano nei confronti degli Stati membri in base al rapporto di residenza anche in assenza del tipico vincolo di cittadinanza (4).

Il trattato di Amsterdam ha aggiunto nuovi diritti, qua e là nel testo revisionato dei trattati UE e CE soprattutto in materia sociale. I trattati impegnano le istituzioni comunitarie, comprese quelle in cui sono rappresentati gli Stati membri, a perseguire determinate politiche per l'affermazione di diritti fondamentali dell'uomo. In particolare secondo l'art. 3.2 del trattato CE l'azione della Comunità deve mirare « ad eliminare le disuguaglianze, nonché a promuovere la parità tra uomo e donna » affidando al Consiglio all'unanimità di prendere le opportune misure (5).

Si tratta del riconoscimento di diritti importanti, che hanno

---

(3) L'obiettivo dichiarato che l'Unione si prefigge in questo campo (art. 29 UE) è quello di fornire ai propri cittadini « un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e prevenendo e reprimendo il razzismo e la xenofobia ». Si tratta della lotta alla criminalità in genere, al terrorismo, alla tratta degli esseri umani, ai reati contro i minori, al traffico di armi e droga, corruzione e frode.

(4) Non a caso l'attribuzione del diritto di voto nelle elezioni locali ha richiesto modifiche alla costituzione in parecchi Stati membri.

(5) V. anche le recenti direttive 2000/43 del 29 giugno 2000, che dà attuazione al principio della parità di trattamento sulla base dell'origine etnica e razzia-

però la loro fonte in testi di diverso valore giuridico e che si trovano sparpagliati in una congerie di documenti: i trattati base UE e CE con i loro richiami alla CEDU ed ai principi costituzionali comuni degli Stati membri, regolamenti, direttive ed altri atti ancora. A questo punto l'esigenza di sancire in modo chiaro e organico i diritti fondamentali delle persone e dei cittadini nell'ambito dell'Unione diventa pressante, per fondare quella che è stata definita una « nazionalità in costruzione » (6).

La adesione alla CEDU da parte di tutti i membri dell'Unione accentua questa esigenza. Il perché di questa apparente contraddizione è presto detto. La Comunità e l'Unione non sono parti della CEDU; il cittadino in ipotesi leso in suoi diritti fondamentali da atti e azioni comunitarie non ha direttamente ricorso contro di loro alla Corte di Strasburgo. Si assiste così ad un paradosso: più si espandono le competenze dell'Unione minore risulta la tutela dell'individuo quale cittadino dell'Unione in base alla CEDU.

Certo gli Stati membri sono o sarebbero in ultima analisi responsabili e contro di essi l'individuo potrebbe ricorrere a Strasburgo in caso di violazioni di diritti derivanti dall'ordinamento comunitario. Questo modo di procedere si basa però su una finzione inaccettabile: che la Comunità non esista come tale, che si riduca ad un agire in comune degli Stati membri, che ciascuno sia responsabile in proprio anche di atti comunitari non emessi dal Consiglio o non deliberati all'unanimità (7).

Un'altra via fu esplorata, quella della adesione diretta alla CEDU della Comunità. Una via dubbia alla luce della Convenzione che prevede solo l'adesione di Stati; una via comunque bocciata dalla Corte di Giustizia nel 1996 quando essa dichiarò incompatibile con le proprie funzioni di garante supremo della legalità comunitaria l'attribuire competenze giudiziarie potenzialmente in conflitto con quelle della Corte di Strasburgo (8).

---

le, e 2000/78 del 27 novembre 2000, che stabilisce delle linee guida generali sulla parità di trattamento in tema di lavoro e occupazione.

(6) CARTABIA e WEILER, *L'Italia in Europa*, Il Mulino, Bologna 2000, p. 235.

(7) La via del ricorso contro lo Stato membro chiaramente responsabile è stata perseguita con successo in almeno un caso, invero molto speciale. Così la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato la responsabilità del Regno Unito per avere escluso gli abitanti di Gibilterra dalle elezioni del Parlamento Europeo.

(8) Parere 28 marzo 1996, 2/94.

L'art. 6 del trattato di Maastricht ha dato una prima risposta a questa carenza: l'Unione deve rispettare i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla CEDU e quali « risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario ». Una soluzione giuridicamente brillante, che ha consentito più volte alla Corte di Giustizia di riferirsi ai principi della CEDU non tanto per cassare atti comunitari quanto per precisarne la portata, ma non appagante nel merito (9).

Senza un preciso catalogo che espliciti in un insieme organico e in un ordine logico i diritti individuali definibili come « fondamentali » un elemento essenziale di una comunità di diritto veniva ad essere incerto. Soprattutto attraverso una Carta dei diritti propria, che comprenda anche i diritti che si sono venuti elaborando al proprio interno, l'Unione vuole manifestare quella comunanza di valori che sta alla base dell'integrazione europea, che giustifica istituzioni comuni e il trasferimento di competenze e poteri sovrani ad istituzioni responsabili anzitutto verso i cittadini europei.

La CEDU non basta all'Unione che legittimamente aspira ad affermare la propria identità rispetto al Consiglio d'Europa, anche nel campo dei diritti umani come fondamento del proprio ordinamento democratico sopranazionale.

3. Fu la Commissione europea che prese l'iniziativa nel 1998 di far studiare da un comitato di « otto saggi » l'opportunità di un riconoscimento formale dei diritti fondamentali a livello comunitario (10).

Il Consiglio europeo di Colonia del giugno 1999 decise la formulazione di una Carta che contenesse: i diritti di libertà e di

---

(9) Nella sentenza 28 marzo 2000, causa C-7/98, la Corte ha dichiarato corretta l'invocazione dell'ordine pubblico in Germania per non riconoscere una sentenza francese nonostante l'obbligo di mutuo riconoscimento di cui alla Convenzione comunitaria di Bruxelles in materia. Ciò perché nel procedimento francese erano stati lesi i diritti di difesa del convenuto in violazione manifesta della CEDU.

(10) Il testo elaborato dal Comitato Simitis (dal nome del suo presidente) si trova in italiano in *Foro italiano*, 1999, parte V, 342, con commento di L. AZZENA.

uguaglianza, i diritti procedurali fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni, i diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione, prendendo anche in considerazione i diritti economici e sociali enunciati nella *Carta sociale europea* del Consiglio d'Europa (1961) e nella *Carta comunitaria* dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, entrambe richiamate all'art. 136 CE.

Originale fu la decisione di affidarne la stesura ad un organo *ad hoc* composto da delegati dei governi, della Commissione, del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali. Questo comitato, o « Convenzione » come è stata chiamata, ha assolto al suo compito a tempo di record, con tre mesi di anticipo rispetto alla scadenza prefissata del dicembre 2000. Dopo meno di un anno dal Consiglio europeo di Tampere dell'ottobre 1999 quando iniziarono i lavori, la Carta è stata ultimata a fine settembre 2000. Essa è stata approvata tale quale a livello politico all'unanimità dal Consiglio europeo di Biarritz del 13 ottobre 2000.

Presieduta dall'ex-presidente tedesco Herzog, la « Convenzione » contava 62 membri, 15 per i governi, 16 per il Parlamento europeo, uno per la Commissione, 30 per i parlamenti nazionali, tra cui quattro italiani (Stefano Rodotà per il governo, Elena Paciotti per il PE, Andrea Manzella e Pietro Melograni per le nostre Camere), oltre ad osservatori della Corte di Giustizia e del Consiglio d'Europa (11).

Proponiamoci questo modello ad esempio di legittimità democratica e di efficienza per ogni futura revisione dei trattati comunitari, e in particolare per la loro riformulazione: riscuote crescenti consensi l'idea di suddividerne il contenuto, differenziandolo tra una vera e propria Costituzione europea e norme regolamentari interne all'Unione più agevolmente modificabili secondo necessità.

È infatti ora di superare la procedura attuale di revisione dei trattati europei, tipicamente internazionale e rimessa a negoziati più o meno segreti tra i soli governi e le loro cancellerie. Il metodo della « conferenza intergovernativa » di cui all'art. 48 UE non è più accettabile per decidere approfondimento e allargamento di una comunità di vita fondata sul diritto tra i cittadini

---

(11) Le riflessioni di Manzella e Rodotà si trovano rispettivamente in *La Repubblica* del 17 luglio e del 24 ottobre 2000.

e i popoli dell'Europa. Il metodo internazionale è anche inefficiente: infatti le soluzioni si possono raggiungere (condizione necessaria ma non sufficiente!) solo quando si impegnino in prima persona i capi di Stato e di governo, coinvolgendo l'opinione pubblica nel dibattito sul nostro futuro. È ciò che è del resto avvenuto negli ultimi mesi, da quando il Ministro degli esteri tedesco Fischer ha lanciato la sua proposta di rilancio in chiave federale dell'integrazione europea in vista della conclusione, al Consiglio europeo di Nizza del dicembre 2000, dei lavori di riforma lanciati ad Amsterdam. La revisione dell'attuale procedura non era purtroppo all'ordine del giorno, anche se si è trovato un accordo su un cambiamento di metodo per le prossime revisioni, attraverso il lancio di una « grande conferenza » a composizione plurima, una sorta di costituente europea (12). L'obbiettivo deve essere che anzitutto il Parlamento europeo diventi protagonista delle modifiche e dei progressi di quell'Unione in cui esso è depositario della legittimità democratica.

4. La celerità dei lavori non significa che vi fu facile unanimità tra i redattori; al contrario sono noti i contrasti che si sono avuti, soprattutto in tema di diritti sociali dei lavoratori e di libertà della iniziativa economica. Così pure sui diritti di « ultima generazione » (privacy, bioetica, obiezione di coscienza, ecc.) dove meno evidente è l'esistenza di principi comuni tra gli Stati membri e mancano spesso anche orientamenti consolidati all'interno di ciascuno. In queste materie nuove è pure di minore conforto la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. Si tratta di un dibattito naturale e salutare che prosegue davanti ai parlamenti nazionali.

I compromessi concordati hanno reso qualche formulazio-

(12) In occasione del vertice di Laeken (15-16 dicembre 2001) è stata stabilita la composizione della nuova « Convenzione », cui parteciparono rappresentanti dei governi e dei parlamenti nazionali (sia degli Stati membri sia dei paesi candidati all'Unione), del Parlamento europeo e della Commissione. Sulla base del modello offerto dalla Carta, i leaders europei si sono accordati anche sulla partecipazione di un network di organizzazioni non governative, sindacati, forum accademici. La « Convenzione » dovrà elaborare, prima dell'inizio della prossima conferenza intergovernativa, un progetto unico di « Costituzione europea » o, alternativamente, varie opzioni che rappresentino le diverse posizioni nazionali.

ne troppo stringata, poco appagante. Frequentemente i diritti proclamati devono essere esercitati « alle condizioni stabilite dalle legislazioni e prassi nazionali » (13) il che può indicare una debolezza delle affermazioni contenute nel testo. Le critiche al riguardo non mi paiono però del tutto giustificate: diverse declinazioni nazionali quanto ad ampiezza e articolazioni di singoli diritti, affermati e quindi condivisi in linea di principio, sono un legittimo segno del pluralismo che caratterizza l'Europa, della sua molteplicità nella unità che ne costituisce il patrimonio storico e che è anche alla base della originalità del suo difficile processo di unificazione. Pluralismo civile, sociale, culturale, religioso, attento a valorizzare le differenze e a tutelare le minoranze.

Quest'ultimo aspetto ci pare carente anche se le varie dimensioni del pluralismo sono riconosciute all'art. 22.

Il primo pregio della Carta sta nella sua stessa novità: nessun catalogo così comprensivo e in ambito così ampio è stato varato nell'ultimo cinquantennio. L'unico precedente è quello della Carta canadese dei diritti dell'uomo del 1982, un *Bill of Rights* non a caso formulato per dare coesione ad un ordinamento federale quasi plurinazionale indebolito dalla sua mancanza. Lo stesso catalogo della CEDU appare al confronto « vecchiotto », con le sue lacune sui nuovi diritti e i compromessi ormai superati su quelli specificati. A queste « rughe » hanno cercato di porre rimedio vari protocolli aggiuntivi concordati nel corso degli anni (ricordo quello sulla abolizione della pena di morte non vietata dal testo originario della CEDU) e soprattutto la giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Nonostante il suo approccio dinamico essa non ha potuto sempre superarne i limiti testuali.

La nuova Carta vuole « rafforzare la tutela dei diritti fondamentali alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici » (14). Il suo tenore evolutivo conferma che i diritti umani, che postuliamo innati e inerenti alla natura umana, sono mutevoli nel tempo e nello spazio. In ciò consiste la « storicità » dei diritti sottolineata da Norberto Bobbio: l'allargamento dell'ambito dei diritti dell'uomo « attraverso un processo di graduale differenziazione o specifica-

(13) V. gli artt. 27, 28, 30 e 34 della Carta.
(14) V. il Preambolo della Carta.

zione dei bisogni e degli interessi di cui si chiedono il riconoscimento e la protezione » (15).

Regressi nel loro rispetto sono sempre purtroppo possibili: la coscienza dei propri diritti va quindi coltivata e gli strumenti a disposizione vanno aggiornati quando il contesto cambia.

Salvaguardarli quale fondamento dell'ordinamento democratico e dello stato di diritto anche per quanto riguarda l'Unione europea è un compito dunque essenziale.

L'impostazione generale.

Il Preambolo indica le premesse e il contesto: i valori indivisibili e universali di dignità umana, uguaglianza e solidarietà su cui è fondata l'Unione, i principi di democrazia e dello stato di diritto su cui essa si basa, la persona umana (il cittadino dell'Unione) che è al centro della sua azione. Ancora: il rispetto delle varie culture e tradizioni dei popoli europei, l'identità nazionale dei suoi Stati membri (da cui il principio di sussidiarietà), l'intento di « codificazione », quello cioè di riaffermare i diritti protetti dalla CEDU e dagli altri numerosi trattati internazionali di cui sono parte gli Stati membri. Ed infine un monito importante, quello dei doveri: « Il godimento di questi diritti fa sorgere responsabilità e doveri nei confronti degli altri come pure della comunità umana e delle generazioni future ».

I diritti elencati (naturalmente mi sarà possibile solo dare uno sguardo d'insieme) sono raggruppati in cinque grandi capitoli: *Dignità* (art. 1-5), *Libertà* (art. 6-19), *Uguaglianza* (art. 20-26), *Solidarietà* (art. 27-38), *Cittadinanza* (art. 39-46), *Giustizia* (art. 47-50). Gran parte dei diritti elencati sono ripresi anche testualmente dalla CEDU, nonché dai testi comunitari.

Non mancano però, come dicevamo, i « diritti nuovi », pur sempre frutto di elaborazione di documenti già esistenti.

È proprio di un testo dichiarativo quale una carta dei diritti fondamentali, l'assenza di precisazioni e di articolazioni. La semplice menzione di un diritto è già importante in sé anche se non sempre essa costituisce una guida adeguata in concreto per l'applicazione e l'interpretazione successiva. Del resto questo può anche essere un pregio per un documento destinato a durare nel

(15) BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, p. IX.

tempo e frutto di compromessi tra visioni e impostazioni diverse. L'art. 52 precisa che eventuali limitazioni che fossero apposte (per esempio in circostanze eccezionali) a qualche diritto devono essere istituite in ogni caso per legge, devono rispettare il contenuto essenziale del diritto in questione ed essere conformi al requisito di rispecchiare il principio di proporzionalità (16).

I diritti civili e quelli economici e sociali.

Spicca l'equilibrio raggiunto tra diritti civili (e politici) e diritti economici-sociali. I primi, i più antichi, essenzialmente individuali, obbligano di regola lo Stato ad astenersi dall'interferire con la sfera di libertà del singolo; come tali si prestano meglio ad essere tutelati in sede giudiziaria.

Gli altri, i diritti economico-sociali, postulano un impegno attivo dello Stato, con mezzi e strutture adeguati, per consentire l'esplicarsi della personalità di ciascuno e in ultima analisi una vita dignitosa per tutti anche sul piano economico. Sono diritti maggiormente marcati da indirizzi ideologici, politici, economici e sociali. Il loro riconoscimento che risale ormai ad oltre un secolo fa riflette comunque il superamento del *laissez-faire* del liberalismo ottocentesco, anche se tuttora secondo alcuni si tratta più di politiche che di veri e propri diritti (17). Essere riusciti ad integrarli nella Carta europea è non solo merito dei suoi estensori, ma anche un indice della comunanza di valori ed indirizzi che stanno alla base dell'Unione europea, quando siano espressi congiuntamente dai popoli, dalle istituzioni e dai governi.

---

(16) La Carta non riprende le limitazioni specificate a proposito di vari diritti nel testo della CEDU, nell'interesse generale e per la tutela dei diritti altrui. L'art. 52.3 della Carta richiama peraltro globalmente tutte queste limitazioni specificate nella CEDU per i diritti corrispondenti. Quindi, per fare un esempio, il diritto di osservare i riti religiosi di cui all'art. 10 della Carta è soggetto a « quelle sole restrizioni che, stabilite per legge, costituiscono misure necessarie in una società democratica, per la protezione dell'ordine pubblico, della salute o della morale pubblica, o per la protezione dei diritti e delle libertà altrui » di cui all'art. 9.2 della CEDU.

(17) Non a caso dalla stampa inglese sono giunte precise bordate contro la Carta sotto questo profilo: « most of the charter's 54 clauses fall into the ''nice to have'' rather than ''need to have'' category », *Financial Times* 3 ottobre 2000, una « carta dei sogni » dunque, più che una carta dei diritti. Per motivi analoghi gli USA si sono sempre rifiutati di aderire al Patto ONU sui diritti economici e sociali del 1966.

L'importanza, la pari dignità attribuita ai diritti economico-sociali è anzi una caratteristica specifica dell'Europa.

Anche l'impegno storico dei nostri Stati ad assicurarli effettivamente, seppure in misura e con strumenti diversi, ci contraddistingue sia rispetto al modello americano di scarsa protezione sociale e di accentuata fiducia nell'iniziativa individuale, che nei confronti dei paesi in via di sviluppo dove una simile protezione è nell'ambito dell'utopia. Ciò non esclude ripensamenti critici sulla idoneità degli strumenti che sono stati adottati e dei risultati raggiunti, specie quando la ricerca dello stato sociale sia sfociata in un sistema assistenziale e inutilmente interventista. Si tratta di una questione di equità oltre che di insostenibilità economica. L'analisi di costi-benefici non può prescindere tra l'altro dalla sfida portata al protezionismo, anche sociale, dalla globalizzazione del contesto economico e tecnologico mondiale nel quale i nostri Stati devono competere.

I nuovi diritti.

Accanto ai diritti tradizionali la Carta dà cittadinanza anche ai diritti « nuovi », corrispondenti all'evoluzione della società, o comunque propone formulazioni innovative per coprire nuove estrinsecazioni di diritti antichi. Così nell'art. 3 si afferma il diritto all'integrità della persona (consenso libero e informato in medicina e biologia, il divieto di pratiche eugenetiche e della clonazione riproduttiva degli esseri umani); nell'art. 8 la protezione dei dati di carattere personale sotto il controllo di un'autorità indipendente; nell'art. 9 il diritto di costituire una famiglia viene distinto e reso autonomo da quello di sposarsi. Secondo l'art. 11.2 sono garantiti la libertà dei media e il loro pluralismo, nell'art. 13 non manca il rispetto della libertà accademica; negli art. 15 e 16 la libertà professionale e il diritto di lavoro e la libertà d'impresa sono riconosciuti « conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali ». Il divieto di discriminazione è sancito in termini molto ampi all'art. 21 (18). Anche i

(18) Art. 21.1: « È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il

diritti dei bambini, degli anziani e dei disabili trovano protezione (artt. 24-26).

Nel capo sulla solidarietà sono tutelati numerosi diritti dei lavoratori, così come risultanti già in svariati atti europei: dal diritto all'informazione e consultazione nell'impresa, alla contrattazione collettiva, all'accesso ai servizi di collocamento gratuito, al « diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato » (art. 29), alle condizioni di lavoro « giuste ed eque », alla conciliazione della vita familiare e professionale, alla sicurezza e assistenza sociale (19). Seguono, per tutte le persone, alla protezione della salute, la tutela dell'ambiente e la protezione dei consumatori nelle politiche dell'Unione. (artt. 34-37). Il « diritto ad una buona amministrazione », specificato all'art. 41 per quanto riguarda le istituzioni ed organi dell'Unione, merita una particolare menzione.

« *Quanti diritti di cui già disponiamo in base ai vigenti testi europei e alle convenzioni internazionali!* » verrebbe voglia di dire a mo' di conclusione. In effetti la Carta vuole essere anzitutto una riformulazione di diritti già vigenti. Ciò risulta evidente dalla lettura del suo testo corredato di note di richiamo articolo per articolo che è stata pubblicata ed è disponibile (20).

Rilievi critici: salvaguardia della concorrenza e moneta stabile non sono diritti fondamentali?

Qualche rilievo critico di impostazione comunque sentiamo di formularlo. Ci sembra manchi nella Carta la specificazione che alcuni principi di struttura dell'ordinamento comunitario, segnatamente in materia economica, possono o debbono essere considerati dei veri e propri diritti individuali, anche se consistono principalmente in politiche che la Comunità e l'Unione devono perseguire. Ci sembra che sia ormai un diritto individuale, fondato sui trattati, « il rispetto dei principi di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza » (artt. 4 e 98 CE), tute-

---

patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali », cui si aggiunge la cittadinanza nell'ambito dei trattati europei (art. 21.2).

(19) Rispetto a quanto acquisito nell'ordinamento italiano parecchie di queste formulazioni sono sembrate troppo generiche alle nostre varie parti sociali, cfr. *Il Sole-24 Ore*, 10 settembre 2000, « Deludente la Carta dei diritti ».

(20) *http://ue.eu.int/df/defaut.asp?lang=it* (disponibile in tutte le lingue).

lata sia nei confronti delle restrizioni e degli abusi delle imprese che dagli interventi e dagli aiuti distorsivi degli Stati.

Così pure per il perseguimento di una politica monetaria che abbia « l'obiettivo principale di mantenere la stabilità dei prezzi » (artt. 4 e 105 CE). Del resto furono dei privati cittadini che contestarono davanti alla Corte costituzionale tedesca nel 1992 la cessione della sovranità monetaria dalla Germania all'Unione a Maastricht con l'argomento — che la Corte superò ponendo però più di un paletto — che sostituendosi l'euro europeo al marco tedesco veniva minato un loro diritto costituzionale alla stabilità della moneta.

Ancora: così come l'art. 41 della Carta elenca tra i diritti di cittadinanza quello ad una buona amministrazione (anche se stranamente i concetti acquisiti di imparzialità e trasparenza non figurano testualmente) ci si potrebbe attendere di trovare il diritto di vivere in una società in cui i pubblici poteri siano impegnati a far rispettare la legalità, a combattere la corruzione e a contrastare qualunque movimento razzista, anti-democratico, violento (21).

Per venire all'attualità: la correttezza e la trasparenza degli appalti pubblici non sono forse un obbligo di diritto europeo? Magari, con la Carta approvata, la Corte di Giustizia avrebbe ponderato altrimenti la libera circolazione dei gadget pubblicitari delle sigarette rispetto alla tutela della salute nella sua recentissima sentenza in materia! (22)

Non è tutto: *repetita iuvant!* Vista l'ignoranza che sembra purtroppo diffusa al riguardo anche nelle nostre contrade, la Carta europea servirà a ricordare — si spera — che alcuni diritti sono ampiamente tutelati, e da tempo, a livello nazionale ed europeo: che il diritto di praticare liberamente la propria religione — spettante a tutte le persone e non solo ai cittadini — include anche quello di avere luoghi di culto, siano essi chiese, templi, sinagoghe o moschee. Che questo diritto non è soggetto a vincoli di reciprocità, men che meno prendendo a termine di parago-

---

(21) Cfr. la Raccomandazione 1438 (2000) dell'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa, *Threat posed to democracy by extremist parties and movements in Europe*.

(22) V. la sentenza della Corte di Giustizia del 5 ottobre 2000, causa C-376/98.

ne paesi lontani che non rispettano i diritti dell'uomo. Anche per questi motivi tanti da quei paesi immigrano in Europa, come del resto negli Stati Uniti, alla ricerca non solo del benessere economico ma anche di condizioni di vita più civili per sé e per i propri figli.

5. Il Consiglio europeo di Colonia si propose di raccogliere « per renderli più manifesti » i diritti fondamentali vigenti a livello dell'Unione. Secondo il suo art. 50 « le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione ». Si puntualizza d'altra parte che la Carta non intende apportare modifiche di competenze tra istituzioni europee e Stati membri (art. 51.2).

La Carta vale dunque anzitutto nell'ambito dell'Unione; sono le istituzioni comunitarie che devono rispettare i diritti nella loro attività, anche se non va sottovalutato il notevole ambito in cui gli Stati saranno tenuti a rispettare la Carta. La ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri dà luogo ad un intreccio complesso; sono moltissime le materie in cui gli Stati si trovano davanti a vincoli negativi o a prescrizioni positive di origine comunitaria da rispettare.

Ogni volta che la pubblica amministrazione attui norme o politiche comunitarie, che si faccia questione di un diritto di derivazione europea tra privati, ecco che i principi della Carta saranno invocabili.

Non è tutto: il principio consolidato della prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno, principio di tipo federale che garantisce i rispetto e l'applicazione dei precetti comunitari nel diritto nazionale, rafforzerà la valenza della Carta anche oltre all'ambito suo proprio. I principi generali del diritto comunitario (desumibili anche dalla concordanza dei principi delle costituzioni nazionali) hanno rango superiore alle norme emanate dalle istituzioni (al diritto comunitario derivato) e costituiscono parametro di interpretazione degli stessi trattati. I diritti sanciti nella Carta fanno parte di questi principi generali qualunque sarà la sua veste formale.

Anzi, nella misura in cui i trattati hanno un rilievo costituzionale, diretto in alcuni Stati membri, indiretto in altri, i princi-

pi della Carta faranno concorrenza alle parallele enunciazioni costituzionali (23). Difficilmente si potrà prescindere dai principi della Carta, più aggiornati, nell'interpretare la costituzione nazionale. Dissonanze tra la protezione dell'individuo in materia latamente comunitaria e puramente interna porterebbero alla lunga a delle divergenze inaccettabili.

La Carta europea dei diritti risolve un altro problema, quello del potenziale conflitto tra diritto comunitario e ordinamenti nazionali in materia di diritti fondamentali. Le Corti costituzionali tedesca e italiana hanno precisato che la rinuncia dello Stato a disciplinare rapporti trasferendoli alla Comunità presuppone che il sistema comunitario offra una comparabile garanzia dei diritti inalienabili dell'uomo e dei principi democratici (24). In difetto tali Corti dichiarerebbero la normativa comunitaria contrastante come incostituzionale o comunque inapplicabile nei rispettivi paesi.

Questa dipendenza dell'efficacia ultima dell'ordinamento europeo da quello nazionale, in contrasto col principio della prevalenza del diritto comunitario, verrà superato con la creazione di una garanzia dell'Unione dei diritti fondamentali. Il risultato forse inaspettato è che la Carta rafforzerà tra l'altro la supremazia di tipo federale del sistema comunitario nei confronti degli Stati membri.

In conclusione quello della Carta non è un modesto esercizio solo dichiarativo e di razionalizzazione, contrariamente a quanto prospettato a Colonia. Nonostante i compromessi, malgrado che manchi inevitabilmente, come qualche voce ha lamentato, l'afflato morale che animava le costituzioni post seconda guerra mondiale, si tratta pur sempre di un esercizio di prima grandezza, destinato a rafforzare la protezione dei diritti fondamentali in tutti i paesi membri oltre che nei confronti delle istituzioni europee.

---

(23) Cfr. il ben noto caso dei produttori italiani di pasta, sfavoriti rispetto a quelli degli altri paesi comunitari per il divieto solo da noi vigente di usare grano tenero nella preparazione. La Corte costituzionale ha sorprendentemente giudicato incostituzionale questa « discriminazione rovesciata », con sentenza 30 dicembre 1997 n. 443, ... consentendo così ai consumatori italiani di mangiare pasta scotta di produzione nazionale.

(24) V. ad esempio le sentenze della Corte costituzionale italiana n. 509 del 18 dicembre 1995 e 170 dell'8 giugno 1984, oltre alla sentenza « Solange I » del 29 maggio 1974 della Corte costituzionale federale tedesca.

6. Come debba essere adottata la Carta è altra questione aperta e controversa, che presenta notevoli implicazioni politiche e legali. Sempre a Colonia fu deciso che « il Consiglio europeo proporrà al Parlamento europeo e alla Commissione di proclamare solennemente, insieme con il Consiglio, una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, sulla base di detto progetto. Successivamente occorrerà esaminare l'eventualità e le modalità necessarie per integrare la Carta nei trattati. » La scelta della dichiarazione non può che sembrare agli europeisti piuttosto riduttiva. Di qui molte dichiarazioni di impegno (tra cui quelle dei governi italiano e tedesco) per ottenere che a Nizza tra le modifiche dei trattati che saranno varate in vista dell'allargamento, sia inserita anche Carta, nonostante che il tema non fosse all'ordine del giorno dei negoziati. A Nizza ogni decisione di rivedere lo « status » della Carta è stata rimessa alle future presidenze e alla ulteriore revisione dei Trattati base dell'Unione. In base alla Dichiarazione sul futuro dell'Unione, inclusa nell'atto finale della Conferenza, il Consiglio europeo, nel suo incontro di Laeken nel mese di dicembre 2001, concorderà una dichiarazione che contenga le iniziative appropriate per la continuazione del [dibattito sul futuro dell'Unione]. Il processo dovrebbe includere, *inter alia* ... lo status della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (25). La formulazione giuridica sarà certo una decisione significativa che assicurerà ai diritti dei cittadini europei una base legale inattaccabile, un mattone fondamentale della futura organica costituzione dell'Unione.

Una proclamazione solenne dei diritti fondamentali da parte delle istituzioni europee, con valore dichiarativo dell'esistente e quale linea direttrice per la loro azione, ha però a nostro avviso una portata comunque giuridicamente rilevante. Le istituzioni dovranno comunque conformarsi (come la Commissione si è prontamente impegnata a fare), la Corte di giustizia l'applicherà in sede interpretativa e quando dovrà verificare della validità degli atti comunitari e così pure i giudici nazionali quando saranno

(25) V. la dichiarazione n. 23 allegato all'Atto finale del Trattato di Nizza. In occasione del Consiglio europeo di Laeken, a conclusione della Presidenza belga, il tema è stato ripreso, cfr. nota 12. In particolare la Convenzione, ivi decisa con inizio dei lavori (di durata annuale) il 1° marzo 2002 e composta sul modello di quella che ha elaborato la Carta, avrà tra i suoi compiti anche quello di definire lo *status* della Carta nell'ambito del riassetto « costituzionale » dei Trattati fondamentali.

chiamati ad applicare il diritto comunitario: i diritti riconosciuti saranno quindi pur sempre « giustiziabili », anche se in modo indiretto (26). Restano però altri limiti, in particolare quelli posti dal trattato di Maastricht alle competenze della Corte fuori dal pilastro comunitario. La sua competenza è esclusa quanto alla PESC ed è fortemente ristretta nel terzo pilastro, anche per quanto riguarda il rispetto dei diritti fondamentali richiamati all'art. 6.2 UE (27). Una norma apposita sarebbe comunque necessaria per superare questo limite irragionevole in materia di diritti fondamentali, anche qualora la Carta venga inserita nel trattato UE, ciò che potrebbe avvenire collocandola in apertura oppure in un apposito protocollo.

7. La Carta è dunque una garanzia di libertà per i cittadini europei. Nella prospettiva dell'allargamento un *Bill of Rights* dell'Unione appare importante per definire i comuni diritti e i valori di base, anche considerata la recente non collaudata democrazia che caratterizza molti paesi candidati all'ammissione. Rafforzare la tutela in chiave europea dei diritti fondamentali è importante anche alla luce dei preoccupanti successi elettorali di forze populiste, razziste e xenofobe (Austria, Belgio). Il loro accesso al governo in Austria ha suggerito l'introduzione di meccanismi comunitari di vigilanza preventiva contro ogni attentato ai valori comuni europei (28) che con la Carta certo risulteranno chiariti e rafforzati. Deve essere a tutti chiaro che per un qualsivoglia movimento politico, il porsi fuori della Carta, equivale a contestare l'ordine democratico fondato sui diritti umani che la

---

(26) Occorre sottolineare che, sebbene una decisione finale sullo *status* della Carta non sia ancora stata raggiunta, la Carta è stata già citata in varie opinioni degli Avvocati Generali della Corte, come stumento « di soft-law » dell'ordinamento comunitario. V. ad esempio le conclusioni dell'Avvocato Generale Jacobs del 22 marzo 2001, causa C-270/99 e dell'Avvocato Generale Tizzano nella causa C-173/99 dell'8 febbraio 2001.

(27) Questi limiti sono precisati agli art. 35 e 46 UE.

(28) Mi riferisco alle conclusioni e ai suggerimenti per il futuro del rapporto dei « saggi » sull'Austria e al seguito che vi ha dato la Commissione: proposta (accettata a Nizza) di completare l'art. 7 UE, che prevede la sospensione dei diritti di partecipazione all'Unione di Stati membri in cui venga constatata una violazione grave e persistente dei principi di libertà, democrazia e rispetto dei diritti dell'uomo, con la possibilità di adottare raccomandazioni quando venga constatata la minaccia della violazione di questi principi.

Carta ribadisce, significa porsi al margine della legittimità democratica europea, con tutto quello che ne consegue.

La Carta si configura come un primo elemento fondamentale, una anticipazione, di quella Costituzione europea, invocata di recente anche dal Presidente Ciampi. L'intento è anzitutto quello di razionalizzare i testi europei in vigore, distinguendo tra norme principali e norme di valore per così dire amministrativo, in tal modo però consolidando la legittimazione politica delle istituzioni comuni e di tutta la struttura.

La Carta dei diritti dovrebbe aprire il testo, seguita dalle norme sugli obiettivi, la ripartizione di competenze tra Unione e Stati membri, e poi le procedure e le garanzie. I dettagli di cui sono pieni attualmente i trattati istitutivi dovrebbero essere trasferiti a norme di rango formale subordinato. Queste potranno così più facilmente venire modificate secondo necessità, tramite procedure comunitarie, senza richiedere il macchinoso procedimento della modifica all'unanimità degli Stati membri e l'approvazione da parte di tutti i parlamenti nazionali.

L'adozione della Carta rafforzerà il contesto unitario dell'Unione per quanto riguarda i diritti fondamentali dei cittadini europei indipendentemente dal paese d'origine. Ciò è importante soprattutto nella prospettiva dei diversi livelli di integrazione che dovranno caratterizzare l'Unione una volta semplificato il ricorso a « cooperazioni rafforzate » tra i paesi che vogliano proporsi come « avanguardie » nell'Europa allargata a dimensioni quasi continentali. Sin d'ora del resto l'Europa dell'euro e quella di Schengen non coincidono con l'intera Unione. È chiaro comunque che i diritti fondamentali sono parte del quadro unitario, un comune denominatore condiviso e imprescindibile.

In definitiva l'adozione della Carta va nella stessa direzione di quella perseguita con il rafforzamento del quadro istituzionale e la maggiore efficienza delle politiche comunitarie affrontate a Nizza. L'estensione del voto a maggioranza e la riponderazione dei voti nel Consiglio, la revisione della composizione della Commissione, la semplificaziorie delle condizioni per le cooperazioni rafforzate nel quadro comunitario, sono necessarie per dare coesione all'Unione, peso politico verso l'esterno e capacità di governo all'interno. Ma questa rinnovata Unione deve riconoscere ai suoi cittadini, direttamente senza più intermediazioni, diritti fondamentali completi e uguali, effettivamente tutelabili, tangibile segno di democraticità del sistema e di responsabilità delle istituzioni verso di loro.

In una fase di preoccupante riflusso dell'interesse politico, finita l'epoca degli steccati e delle passioni ideologiche, la Carta ha il merito di riportare il dibattito sui valori fondamentali su cui si basa l'Unione europea e che sono condizione del suo sviluppo: la legittimità democratica, l'investitura popolare, il consenso, la partecipazione. È la « religione » dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali che ha sostituito altre religioni, altri credi, quale fondamento della vita associata nelle società contemporanee.

Le Carte dei diritti dei passato hanno segnato tappe fondamentali, di svolta e di crescita civile e politica: così per la Magna Carta del 1200, per le dichiarazioni delle rivoluzioni americana e francese, per quella dell'ONU del 1948 quando si volle costruire un ordine internazionale pacifico dopo la vittoria sull'aggressione. Così pure per i diritti proclamati nelle carte costituzionali dell'Europa occidentale quale segno e fondamento delle libertà democratiche dopo la vittoria sul nazismo e sul fascismo. Lo stesso dicasi infine nel 1990 per quella « Carta di Parigi della Nuova Europa » che segnò la ritrovata unità democratica del nostro continente sulle macerie del comunismo.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la prima carta del nuovo secolo, non nasce per fortuna da una svolta traumatica, ma segna o almeno prefigura pur tuttavia un salto di qualità nella costruzione europea.

Una riflessione finale si impone: non c'è libertà economica se non c'è libertà civile e politica; la dimensione europea non è solo quella del mercato ma è anzitutto quella della solidarietà e della democrazia al servizio dell'uomo e del cittadino che deve esserne il protagonista (29).

---

(29) La Carta ha già suscitato molta attenzione in dottrina, v. ad esempio LEANERTS e DE SMIJTER, *A « Bill of Rights » for the European Union*, in 38 *CML Rev.*, 2001, p. 289; WATHELET, *La charte de droits fondamentaux: un bon pas dans une course qui reste longue*, in 36 *Cahiers de Droit Europeen*, 2000, vol. 5-6, pp. 585-593; LOESBERG, *Does the EU Charter of Fundamental Rights Threaten the Supremacy of Community Law?* in *Harward Jean Monnet Working Paper*, aprile 2001; POCAR, *Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* in POCAR (a cura di), *Commentario breve ai trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 1178 ss.; FERRARI BRAVO, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, 2001.

VI.

CONSOLIDATED SUPERVISION OF A BANKING GROUP IN THE RELATIONS BETWEEN ITALY AND POLAND

BY

ALBERTO SANTA MARIA

Full Professor of International Law at the State University of Milan

---

The present work is a legal opinion issued on behalf of an Italian parent bank on its relationship with a subsidiary Polish bank.

SUMMARY - INDEX OF CONTENTS: I. *Statement of Facts and The Questions to Be Answered herein*. — II. *Consolidated Supervision Rules and Private International Law on Companies*: 1. Preliminary Considerations. — 2. The Banking Group. Supervision on a Consolidated Basis over the Parent Company. — 3. The Bank of Italy's Direct Powers for Purposes of Supervision on a Consolidated Basis. — III. *EC Directives on Supervision of Credit Institutions*: 1. Harmonization of Banking Law in EC: an Overview. — 2. The Second Directive. — 3. The Directive No. 89/647. — 4. The Directive No. 92/30. — 5. The Directive No. 95/26. — 6. The Progressive Co-ordination System. — IV. *The Basle Committee*. — V. *Information Obligations of Listed Companies Pursuant to the Consolidated Act on Financial Intermediaries - No Conflict with Supervisory Regulations on Banking*: 1. An Introduction: A Simulated Virtual ''Italian'' Conflict. — 2. The Objective Scope of ''Price-Sensitive'' Events. — 3. The ''Outside Entity'' Notion. — 4. Further Considerations on the Relationship of Supervisory Regulations to Corporate Governance Provisions in General. — 5. No Conflict with Banking Secrecy or Classified (Restricted) Information Requirements. — 6. No Speculative Aims of the Parent Company and Final Considerations. — 7. No Conflict in the Polish Jurisdiction. — VI. *Conclusions*.

I.

First of all, I assume in fact that: (i) an Italian Bank, listed at the Italian Stock Exchange, has acquired the controlling stake of a Polish Bank, listed at the Stock Exchange of Warsaw; (ii) at that the time, the investment transaction had been duly authorised by the competent authorities of both countries among which the Polish Central Bank and the Bank of Italy.

I should also preliminarily note that, though the opinions requested by the Polish bank and released by Polish lawyers show various, even substantial, differences from one another, all of them point to a number of difficulties under the local statutes which have only partially emerged in the stage preparatory to the Supervisory Authority's consent to the proposed acquisition. Because of such difficulties, the Italian parent company would be prevented from exercising its power-and-duty to obtain the

necessary information from its Polish subsidiary for compliance with the Italian provisions on consolidated supervision.

More specifically, the doubts and some times objections so raised concern an ostensible conflict with the rules of Polish law on corporate governance, on the one hand, and with the rules of Polish law protecting banking secrecy and classified information, on the other hand.

The foregoing stated, I was then requested to review the entire issue and asked to answer the following questions:

1) Is the Polish bank controlled by the Italian bank under an obligation to provide any necessary information to its parent company in order to allow the Bank of Italy to exercise banking supervision on a consolidated basis?

2) Is the Central Bank of Poland under an obligation to co-operate in fully implementing the exercise by the Bank of Italy of banking supervision on a consolidated basis?

3) Since the Polish bank is listed at the Warsaw Stock Exchange, may the Polish rules of law on corporate governance legitimately restrict the full exercise of consolidated supervision?

II.

1. Without offering any specific assessment of Polish law — which would clearly exceed the scope of this opinion — it is appropriate to point out at the outset that the arguments and conclusions contained in the Polish lawyers' opinions hereabove summarised, appear to be less then convincing.

Firstly, neither the international core principles established by the Basle Committee in matters of supervision of banking groups operating in several different jurisdictions, nor the EC rules that have been made to approximate those principles for some years have properly been considered. As discussed in more details below, Poland has participated — though just as an advisor to the Group of Banking Supervisors from Central and Eastern European Countries — in the regular sessions of the Basle Committee and has signed and, what is more important, has enacted an association agreement with the European Union with a view to subsequent membership.

Secondly, I believe that no adequate emphasis was put on

the fact that modern private international law doctrines, in recognising foreign laws as validly applicable, have regarded the archaic distinction between foreign rules of private law and foreign rules of public law as conclusively updated. According to such distinction, recognition would only be granted to the former, outside the relevant home jurisdiction, through customary references to private international law. The interconnection between the two sets of rules has now become such that, for a reference to a foreign law to be properly made, it should not be offered without a comprehensive assessment, *i.e.* after giving adequate consideration to the foreign law referred to in strictly private-law terms as it is inscribed in the frame of its own legal order (1).

In other words, the relevant issue here is that there are no grounds, at least in principle, on which it can be stated that any actions the Italian parent company is required to take in its relationship with the Italian Supervisor pursuant to rules of Italian public law are irrelevant to the Polish jurisdiction.

In addition, as to the merits of the case at issue, it appears that no adequate consideration has been given by the Polish lawyers to either (i) any information the parent company must obtain for consolidated supervision purposes with regard to banking secrecy in qualitative terms or (ii) the existence of international provisions protecting classified information. Finally, it is my view that, except for few hints in some legal opinion already obtained, the law requirements intended to protect shareholders' interests in matters of corporate governance have not been correctly framed — and, consequently, assessed — relative to those to be complied with in a bank's relationship with the relevant Supervisor, much as the latter is acting in a foreign jurisdiction.

---

(1) See, for instance, N. PALAIA, *L'efficacia extraterritoriale del diritto pubblico*, in *La disciplina giuridica della licenza di commercio. Atti amministrativi economici e misure sui prezzi nell'ambito della CEE*, Milano, 1975, p. 532, ff., especially p. 543, ff. In this connection, it is also to be noted that Article 15 of Act No. 218 of 31 May 1995, providing for a reform of the Italian body of private international law, adopts such "global approach" by stating that "foreign laws are applied according to their own criteria of interpretation and application at the relevant time".

2. It is known that the Italian jurisdiction lacks an organic set of rules governing corporate groups under the general company law. Some individual rules can be found expressly to apply in practice to individual specific aspects of corporate groups. Under the special banking legislation, however, Legislative Decree No. 385 of 1 September 1993 (hereinafter the ''TUB'', or Consolidated Banking Act), implementing the applicable EC directives examined below, contains a substantial body of coherent rules in matters of banking groups.

It has correctly been emphasised that the ''multi-entity'' character of a corporate group has altered the conventional dynamics of the relationships between public authorities and business undertakings, with a specific focus on, and proper regulation of, trilateral relationships involving the banking supervisor, the parent company and any banks under the latter's control (2).

More specifically, in connection with the issue examined herein, the fact that the actual exercise of supervision on a consolidated basis involves a plurality of entities has required the identification of ''an approach which takes into account the fact that financial stability objectives do not concern just one entity, but a plurality of entities, and that such objectives are secured as a comprehensive, synthetic whole. The required approach has been built on 'control', as a typical quality of the majority shareholder. In particular, the instrument of control (so far investigated by law scholars more in its built-in negative potentials than in its positive contents) has allowed to devise a useful legal supra-system to overcome the problem'' (3).

Thus, the three entities involved in the operational exercise of supervision over a corporate group taken as a whole, in the three forms of supervision — informational (Article 66 of the TUB), regulatory (Article 67 of the TUB) and inspectional (Article 68 of the TUB) — have been identified as follows:

1) the Italian parent company (Articles 60 and 61 of the TUB),

---

(2) See C. LAMANDA, *Commento all'art. 60*, in F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Padova, 1994, p. 325, ff., p. 326.

(3) *Ibid*., p. 326.

2) any banking, financial or corporate services companies controlled by it (Articles 60, 61 and 65 of the TUB) and

3) the Bank of Italy.

It should be noted that the Bank of Italy is the competent supervisory body because of the Italian ''nationality'' (4) of the corporate group's parent company, in accordance with the core ''home country control'' principle which underlines the entire EC legislation in this area. This principle has been developed by the Basle Committee on an international level to try and overcome the attenuation of supervisory responsibilities with respect to a banking group's foreign subsidiaries which is regarded as one of the main causes of some serious failures that have occurred recently.

Thus, the parent company — an *Italian* bank — has to deal, on the one side, with the *Italian* supervisor, which automatically becomes the competent supervisor of the entire group, and, on the other side, with the companies that make up the banking group and that are subject to its parent company's control.

A provision especially relevant to the trilateral scheme illustrated above is the one contained in Article 61, para. 4 of the TUB, pursuant to which:

''The parent company shall, in discharging its management and co-ordination responsibilities, issue appropriate directions for the members of the group to comply with the regulations issued by the Bank of Italy to ensure the group's financial stability. The directors of each of the group's subsidiaries shall provide any details and information as are required for the issuance of any such directions and the necessary co-operation to secure compliance with the applicable supervisory regulations''.

But, for the Italian rules of law on banking groups to be

---

(4) The notion of ''nationality'' of a bank is obviously used here in a translated sense as a result of the identification of the *lex societatis* by reference to the rule of private international law on companies and legal bodies more in general, contained in Article 25, para. 1, of Act No. 218 of 31 May 1995. As a consequence, a company shall be Italian if subject to Italian law as well as French if ruled under French law and so on. In this connection, see A. SANTA MARIA, *Società (dir. int. priv.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1998; ID., *Spunti di riflessione sulla norma di diritto internazionale privato in materia di società ed altri enti*, in *Riv. soc.*, 1996, p. 1093, ff.

deemed applicable, it is sufficient, as noted above, for the parent company to be an *Italian* bank, while it is not necessary for the remaining ''members of the group'' to be Italian. The presence of an ''international'' group including banks or other undertakings established in several states, whether or not members of the European Union, is postulated, in fact, by the applicable EC legislation. Therefore, the Supervisory Regulations on Banks, Title I, Chapter 2, Section II: *Gruppo Bancario* (5), describe a banking group as:

''... being comprised of an Italian parent banking company or pure holding company having registered offices in Italy and any banking, financial or corporate services companies — established whether in or outside Italy — that are controlled by either''.

Furthermore, in the same Regulations, Title VI, Chapter 2, Section II: *Vigilanza Consolidata*, referring to Article 65 of the TUB, after re-stating that ''the parent companies of banking groups are required to deliver consolidated reports'', requires each parent company to report

''... promptly to the Bank of Italy any difficulties encountered in obtaining data or information from entities controlled or partly owned by it. In particular, the parent company shall notify the Bank of Italy of any cases in which any foreign entities subject to consolidation have raised hindrances or obstacles to the free flow of the necessary information for the exercise of informational supervision on a consolidated basis.

This is also required in order to allow the Bank of Italy to take appropriate actions in the competent venues on an international level''.

In fact, any set of rules that is not extended to an Italian parent company's foreign subsidiaries would be deprived of any effective legal purport in today's gradual internationalisation of relationships.

Conversely, paragraph 5 of Article 66 of the TUB requires that:

''any company based in Italy which is subject to supervision on a consolidated basis under the jurisdiction of any other EU

---

(5) See Circular No. 229 of 21 April 1999, as latest amended on 11 February 2000.

member states' supervisory authorities shall furnish the necessary information for consolidated supervision to any entities as such authorities may have identified''.

In this respect, any regulations requiring certain actions to be taken by any foreign members of an Italian corporate group in terms of consolidated supervision — including, but not limited to, the provision in Article 64, para. 4, of the TUB, requiring the directors of controlled companies, whether foreign or otherwise, in the wording of the Italian Supervisory Regulations (6),

''to implement any directions issued by the parent company in accordance with any regulations issued by the Bank of Italy in the interest of the group's financial stability''

and

''to provide any data or information to the parent company to enable it to issue appropriate directions'',

— are deemed to be, under the Italian legal framework, ''rules of necessary application'' (mandatory provisions) in the meaning of Article 17 of Act 218/1995. That means that ''they must be applied notwithstanding any reference to foreign laws'', especially any law specifically regulating a foreign subsidiary as it is identified on the basis of the private international law provision on ''bodies corporate and other entities'' contained in Article 25 of Act No. 218/1995 (7).

---

(6) See Title I, Chapter 2, Section III.

(7) As for the determination of the scope for application of the *lex societatis*, with respect to law requirements ''of necessary application'' to business companies, please refer to my study *Sulla legittimità della struttura di un progetto di alleanza internazionale con assunzione di partecipazioni reciproche*, in *Giur. comm.*, 1, 2000, pp. 186, ff., esp. pp. 192-93.

In this connection, it seems pointless to review the year-long question about the relevance or irrelevance of any mandatory rules of the law of another country also in terms of *lex fori* which do not fall within the applicable foreign law. For an example of such rules, whatever the law applicable to the contract, reference can be made to Article 7, para. 1, of the Rome Convention on the law applicable to contractual obligations of 19 June 1980, still in force among the EU member states. Among authors, in general, about the admissibility of any such rules, see W. WENGLER, *Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht*, in *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1941, p. 168, ff.; ID., *Les principles généraux du droit international privé et leur conflicts*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1953, p. 43; also see K. ZWEIGERT, *Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverböte*, in *Zeitschrift für ausländisches und internationalen Privatrecht*,

But the same issue can also be seen from a different perspective. It could be held that, since nothing is provided for in this respect in Article 25, in the presence of a group of companies based in several different jurisdictions, the unitary quality of the resulting body requires that all rules of law concerning group-wide interests should also be complied with by the individual foreign subsidiaries. Accordingly, in the case of a corporate group, the law applicable to each controlled company must necessarily be viewed in combination with the law applicable to the controlling company. As a consequence, the directors of the former must comply with the mandatory provisions of law applicable to the latter, and the other way round.

In this case, there would be a ''cumulation'' of applicable laws, something certainly not unknown to private international law doctrine. Think above all, just to restrict our considerations to the Italian law system, of Article 27 of Act No. 218/1995, which makes matrimonial capacity and all other conditions to enter into a marriage contract subject to the national law of each of the bride and the bridegroom. As far as business undertakings are concerned, the transfer of a company's registered offices from one country to another, as well as international mergers, can only be deemed legally effective subject to the express provision of Article 25.3 of Act No. 218/1995, which requires an assessment of conformity to be made in accordance with each of the laws of the several countries concerned. Likewise, in a previous case in which cross-shareholdings where at issue, an adequate solution was identified precisely on the basis of a combination (a ''cumulation'', in fact) of the laws applicable to each of the two companies involved in the transaction (8).

Once the necessary combination of the law applicable to the parent company with the law applicable to each subsidiary is acknowledged, the rules providing for the necessary information

---

1942, p. 283, ff.; ID., *Droit international privé et droit public*, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1965, p. 645, ff., in connection with prohibitions making the performance of an unlawful obligation. In the same directions, referring to the relationship within the same groups of companies, see G. CASSONI, *Problemi relativi al fenomeno del gruppo sotto il profilo della legge regolatrice e della legge sostanziale italiana*, in *Riv. soc.*, 1985, p. 888.

(8) See A. SANTA MARIA, *Sulla legittimità*, cit., *loc. cit*.

to be disclosed for compliance with supervision requirements on a consolidated basis (by reference to the *lex societatis* applicable to the Italian parent company) will be treated on an equal footing with the rules governing banking secrecy, professional secrecy and equal treatment of shareholders for corporate governance purposes (in recognition of the *lex societatis* applicable to the Polish subsidiary).

The first item of the combination includes the provisions requiring a subsidiary to disclose any necessary information for banking supervision to its parent bank, specifically including the requirements contained in Article 64, para. 4, of the TUB, as illustrated above.

In my view, the ''cumulation approach'' is not in conflict with the act of Polish private international law of 12 November 1965, as later amended. From the point of view of Polish jurisdiction, the law applicable to the company involved shall be identified according to the registered-office standard, pursuant to Article 9, para. 2. Accordingly, under this approach as well, the ''Italian'' parent company is considered as a separate entity from the ''Polish'' subsidiary. In other words, even from this point of view, we are again faced with the same problem of private international law of how to define — in the case of an international banking group — the scope for application of the laws governing the controlling company, on the one side, and the controlled company, on the other. In this respect, I do not see why the rationale applied to solve this problem in terms of Polish jurisdiction should be any different from that to be taken from the Italian point of view.

Therefore, in the terms indicated above, the problem can be said to have been correctly approached, but it cannot be deemed completely resolved. The task at hand is to see, on a case-to-case basis, how the overlapping of the mandatory rules of Italian law with the mandatory rules of Polish law can be disposed of in case they lead to mutually incompatible results in practice.

At least one result has been reached, though. *The existence of Polish mandatory provisions is not sufficient in itself to rule out the applicability of any mandatory provisions of Italian law even from the standpoint of Polish jurisdiction*. Besides should the ''cumulation approach'' be granted, the interpreter's task will

first be to single out any incompatibility, then directly to apply anything found to be not incompatible in principle. In this connection, the *different "quality"* of the mandatory rules being considered is bound to have a relevant importance. And such difference should be evaluated as if one were faced with mandatory provisions pertaining to just one law system. In other words, any objection from Pekao Bank to the disclosure of any information its Italian parent company may request, for example, pursuant to Article 64, para. 4 of the TUB, should be based on arguments recognised as validly taken with respect to Pekao Bank's right and duty under the Polish law to exchange information with the companies it controls in Poland.

Only in a recognised conflict between mandatory provisions ranking *pari passu*, will the Polish rules prevail from the point of view of Polish jurisdiction, and the Italian rules from the point of view of Italian jurisdiction. If this is the case, the achievement of that full *uniformity of legal evaluation*, the ultimate goal of any system of private international law, would be barred — though only with respect to such conflicting rules.

Therefore, the co-operative approach — which permits the required data to flow from subsidiaries to parent companies, hence to the competent supervisor — fails to resolve the problem on hand. This is because the achievement of the intended result cannot be taken for granted in the obvious absence of any coercive power directly available to the Bank of Italy over an Italian bank's foreign subsidiaries or their directors, especially if these are foreign nationals. Moreover, as discussed in more details below, there is not only a data flow between a controlled undertaking and its parent bank, but there is an additional information flow which can only be accomplished in full in the relationships between the central bank having jurisdiction over the parent company and the central bank(s) having jurisdiction over its controlled company(ies).

3. Any instrument that can be utilized internationally by the Bank of Italy in this field will be discussed in the next section. Here, it is appropriate to point out that, on an international level, especially with respect to the Basle Committee's activities, Article 7, para. 7, of the TUB states that the Bank of Italy "may share appropriate information for the exercise of supervi-

sion functions with the competent authorities of non-EC countries'' under co-operation agreements and equivalent non-disclosure obligations.

However, with respect to the Bank of Italy's relationships with the competent authorities of *EC member countries*, Article 7, para. 6, concerning co-operation obligations to be provided for under the Community legislation, requires the Bank of Italy *also* to co-operate with the other Member States' supervisors *through the sharing of information* to facilitate its own and their respective functions.

As for the Bank of Italy's power of inspection for the purpose of carrying out consolidated supervision, such power is not restricted to entities based in Italy, but any actions to be taken in this respect shall necessarily be taken directly by the central authority on an international level. Accordingly, pursuant to Article 68, para. 2, of the TUB, the Bank of Italy may request the competent authorities of a EC Member State to make on-site inspections of any entities subject to consolidated supervision as are established in that country's jurisdiction or agree to other methods of verification.

However, nothing is provided for in Article 68 with respect to the Italian supervisor's inspection powers over Italian banks' branches established in non-EC countries. The Supervisory Regulations (Title VI, Chapter 4, Section II) confirm that, in accordance with the provisions in Article 54, para. 4, of the TUB (9), the Bank of Italy may, subject to conditions of reciprocity, agree with the competent authorities of Third Countries on methods of inspection with respect to Italian banks' branches established therein.

The Supervisory Regulations specify that inspection with respect to entities subject to consolidated supervision should be, in general, carried out at the parent company's head office, through which information concerning the corporate group's other subsidiaries are gathered (Title VI, Chapter 4, Section II). Inspection activities are then carried out by using the regulating

---

(9) The 4th paragraph of Article 54 of the TUB requires that:

''Subject to reciprocity conditions, the Bank of Italy may agree with the competent authorities of non-EC countries to suitable methods of inspection on branches established in their respective territories''.

powers on reporting available to the parent bank over any entities within the consolidation scope.

Inspection activities are deemed to have been completed when a *report* is prepared in two parts — one intended for the Supervisor, the other opened to observations and comments by the bank with respect to which the inspection was carried out.

Informational and inspectional supervision powers permit the Bank of Italy to acquire a substantial amount of information, with respect not only to banks, but to any third party that are connected with them in any way. In fact, TUB requires the Bank of Italy and its employees to refrain from improper disclosure of any information concerning these entities that have been acquired in carrying out supervision (inspectional and informational) activities. This is designed, on the one hand, to protect the banks concerned and any third party related to them and, on the other hand, to facilitate information conveyance.

Article 7, para. 1, of the TUB requires that:

''All knowledge, information and data the Bank of Italy has acquired as a result of its supervisory activities are protected by professional secrecy even with respect to any public administrations other than the Ministry of Treasury as the President of the CICR [*Inter-ministerial Committee on Credit and Savings*]. Secrecy may not be claimed before any judicial authority when the information requested by it is deemed necessary for any investigation or other proceedings initiated in prosecuting criminal-law cases''.

The TUB has, however, provided for several exceptions to *professional secrecy* to promote closer co-operation between national authorities performing similar supervisory activities. In particular, Article 7, para. 5, of the TUB requires the Bank of Italy, Consob (Supervisory Commission on Companies and the Stock Exchange), Covip (Supervisory Commission on Pension Funds), Isvap (Supervisory Institute on Private Insurers) and Uic (Italian Exchange Office) to co-operate among them, by exchanging information as well, to facilitate their respective functions. ''These bodies may not invoke professional secrecy against one another''.

Similar exceptions have been introduced by the TUB to secure closer international co-ordination among banking supervisors. Article 7, para. 7, of the TUB, in implementing the require-

ment of co-operation between Member States' supervisors pursuant to the applicable EC rules, requires the Bank of Italy to co-operate with the competent authorities of the other Member States by exchanging information with them in order to facilitate their respective functions. The obligation so imposed on the Bank of Italy fails to cover relationships with the authorities of non-EC countries. Paragraph 8 of Article 7 only provides for the Bank of Italy's discretionary power to share information with any non-EC country's competent authorities, but only subject to co-operation agreements and equivalent non-disclosure obligations.

Whereas paragraph 7 has established a binding principle, by providing for an actual departure from professional secrecy, paragraph 8 contains a less stringent wording, though not a less significant one in view of the need to promote forms of co-operation beyond the Community's boundaries. Finally, paragraph 9 affords the Bank of Italy the possibility to share information with any administrative or judicial authorities in any foreclosure or insolvency proceedings, whether in or outside Italy, which involve banks, branches of Italian banks abroad or of EC or non-EC banks in Italy, or any entities subject to consolidated supervision.

III.

1. Article 6 of the TUB requires banking supervisors to exercise their powers "in harmony" with the applicable EC provisions, by applying the European Community's regulations and directives and by taking actions to implement its recommendations in all matters of credit and finance.

The Community's prudential supervision organization is based on the *subsidiarity principle*. Thus, "the rules governing the Economic and Monetary Union require national authorities to retain responsibility for the conduct of supervision policies, by only assigning a mere support function to the European System of Central Banks (ESCB), subject to the possibility, at a fu-

ture time, to vest the European Central Bank with specific prudential supervision tasks'' (10).

Under the EC legislation, the creation of a uniform regulatory base, capable to cope with the gradual integration of European banking and financial markets, has been pursued through the core principles of minimum harmonisation, mutual recognition, and home country control (11).

The first all-important step on the road to ''harmonisation'' on a Community-wide basis in matters of banking supervision has been the First Directive on Banking Co-ordination (Council Directive No. 77/780 of 12 December 1977), concerning the ''co-ordination of laws, regulations and administrative provisions relating to the taking up and pursuit of the business of credit institutions''.

For the purposes of this opinion, it must be pointed out that this Directive has established the principle of collaboration among the supervisory authorities of the Member States, by requiring, in Article 7, as amended pursuant to the Second (Council) Directive 89/646/EC of 15 December 1989, that

''[t]he competent authorities of the Member States concerned shall collaborate closely to supervise the activities of credit institutions operating, in particular by having established branches there, in one or more Member States other than those in which their head offices are situated. They shall supply one another with all information concerning the management and ownership of such credit institutions that is likely to facilitate their supervision and the examination of the conditions for their authorisation and all information likely to facilitate the monitoring of such institutions, in particular with regard to liquidity,

---

(10) In this respect, see I. BORRELLO, *L'organizzazione sovranazionale ed internazionale della vigilanza sul credito*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1999, p. 427.

(11) For a review of the development of EC rules and the underlying principles of free establishment and free provision of services by banks, see my book, A. SANTA MARIA, *EC Commercial Law*, London-The Hague-Boston, Kluwer Law International, 1996, p. 26, ff., where additional references in matters of supervision on a consolidated basis can be found. See also: VARIOUS AUTHORS, *Banking Supervision in the European Community. Institutional Aspects, Report of a Working Group of the ECU Institute under the Chairmanship of Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1995 and M. DASSESE, S. ISAACS, G. PENN, *EC Banking Law*, 2nd ed., London, Lloyd's of London Press, 1994.

solvency, deposit guarantees, the limiting of large exposures, administrative and accounting procedures and internal control mechanisms''.

Article 12 imposes professional secrecy obligations on all persons carrying out activities on behalf of the competent authorities. However, it is specified that such requirement ''shall not preclude communications between the competent authorities of the various Member States, as provided for in the directives applicable to credit institutions'', as much as any such information shall be covered by the obligation of professional secrecy.

Finally, it should be noted that this Directive has, in implementation, involved the setting-up of an *Advisory Committee on Banking* — an official body of the Community — with the task of assisting the Commission in applying EC directives and working up new proposals in matters of banking legislation.

2. The Second Directive on Banking Co-ordination (Directive No. 89/646 of 15 December 1989), after stating that

''the smooth operation of the internal banking market will require not only legal rules but also close and regular co-operation between the competent authorities of the Member States'',

has substantially speeded up co-operation between supervisory authorities within the Community.

The Second Directive was designed to lift any existing barrier to the free supply of services ''to secure mutual recognition of authorisation and of prudential supervision systems, making possible the granting of a single licence recognised throughout the Community and the application of the principle of home Member State prudential supervision''. In other words, this Directive has, on the one hand, provided for the issuance of just one licence applicable throughout the Community and, on the other hand, affirmed the ''home country control'' principle, by requiring that the responsibility for prudential supervision over any credit institution operating through branches or under a regime of free supply of services in other Member States shall be vested, subject to exceptions, in the competent authorities of the home Member State.

In this connection, it should be observed that any reference to home country control must be taken as referring to supervi-

sion by a parent company's competent authorities, not to the laws in force in its jurisdiction, with respect to which there is no extra-territorial effect.

Moreover, the main text of Article 13, while providing for the home country control principle, specifies that the provisions of the Directive which provide for the host Member State's authorities' jurisdiction shall still be deemed applicable, thus somewhat tempering that principle. It must be noted that this Directive is concerned with both the parent company and its subsidiaries, the latter being entities not legally distinguished from the parent company. As a consequence, supervision over banking groups, which is the subject matter of subsequent Community instruments (see Directive 30/92), exceeds the scope for application of the Second Directive.

In order to secure effective monitoring by the parent company, Article 13.2 further requires that every credit institution shall have sound administrative and accounting procedures and adequate internal control mechanisms.

A significant corollary to the home country control principle is the power recognised by the Directive to the home country's supervisory authorities to carry out themselves direct on-site inspections at branches situated in other Member States, to verify any information or data as is usually expected to be available at the parent company's head office. Article 15 of the Directive requires that

''[h]ost Member States shall provide that, where a credit institution authorised in another Member State carries on its activities through a branch, the competent authorities of the home Member State may, after having first informed the competent authorities of the host Member State, carry out themselves, or through the intermediation of persons appointed for that purpose, on-the-spot verification of the information referred to in Article 7 (1) of Directive (EEC) No. 77/780''.

In addition to direct inspections pursuant to Article 15, para. 2, of the Directive, any Member State's competent authorities wishing to verify information concerning a credit institution established in another Member State may request the competent authorities of such other Member State to carry out such control. The authorities which have received any such request for verification are expected to comply therewith — within their

own jurisdiction — by performing themselves, or permitting the requesting authorities or an expert or professional auditor to perform, the requested verification.

In meeting the recommendation for a ''close co-operation'' re-affirmed in the second Directive, individual Member States' supervisory authorities have executed specific bilateral ''memoranda of understanding'' (MOUs) to define the actual methods of co-operation between host and home countries and to secure effective control over Community banks' foreign subsidiaries. It must be pointed out that one major aspect of such memoranda is the recognition of the need to provide on-going mutual information flows through both annual meetings and *ad-hoc* meetings on specific supervision issues.

The ''close co-operation'' principle provided for in the Directive in question has been implemented in Italy through, *inter alia*, Article 69 of the TUB. This provision requires that the Bank of Italy ''may agree with the supervisory authorities of other Member States to forms of co-operation and the allocation of specific tasks to each authority with respect to the exercise of supervision on a consolidated basis over groups operating in several countries''. This provision is an example of tempering of the home country control principle, since responsibility for control has been made dependent on the place where a bank's core business is conducted.

With respect to relations with non-EC countries, Article 9.1 of the Second Directive requires the Member States to inform the Commission

''of any general difficulties encountered by their credit institutions in establishing themselves or carrying on banking activities in a third country''.

Conversely, Article 16 has amended Article 12 of Directive (EEC) 77/780 referred to above to allow the Member States to

''enter into co-operation agreements, providing for exchanges of information, with the competent authorities of third countries only if the information disclosed is subject to guarantees of professional secrecy at least equivalent to those referred to in this Article''.

3. Directive 89/647 has introduced a uniform method to assess a credit institution's ability to absorb any credit losses

arising from borrowers' insolvency. It involves the provision of a minimum capital ratio — the ''risk assets ratio'' — credit institutions are required to comply with (12).

Directive 89/647 contains rules governing ratios calculated on a solo-basis as well as on a consolidated basis.

More specifically, Article 3, para. 3, requires that credit institutions' solvency ratios be calculated on a consolidated basis, provided that (Article 3.4) the competent authorities responsible for licensing and supervising a parent undertaking may also require the calculation of a sub-consolidated or unconsolidated ratio with respect to that parent undertaking.

The obligation remains, however, to calculate ratios on a solo-basis for any subsidiary situated in countries other than the parent undertaking's.

Ratios shall be calculated not less than twice a year, either by the relevant credit institution itself, which shall communicate to the competent authorities the results so obtained and any component data as are required, or by the competent authorities themselves, using data supplied by the credit institution (Article 3.7).

Obviously, if a parent company is responsible for providing a ratio on a consolidated basis, it must be enabled to acquire knowledge of all such data of its subsidiaries as it is necessary to determine the requisite ratio according to the methods provided for in Directive 89/647. A parent undertaking's task is not to obtain a-typical information, but to acquire details which are necessary to calculate such minimum capital ratio as the law expressly requires it to do.

4. Under Directive (EC) No. 92/30, of 6 April 1992, concerning ''the supervision of credit institutions on a consolidated basis'', which has entirely superseded Directive (EEC) 83/350, consolidated supervision has been extended from groups whose parent companies are credit institutions to groups headed by financial institutions, *i.e.* companies whose subsidiaries are exclu-

(12) The risk assets ratio is a ratio where the relevant credit institution's total assets on the numerator are related to its risk-weighted assets on the denominator.

sively or mainly credit institutions or financial institutions, if even just one of such subsidiaries is a credit institution.

Supervision on a consolidated basis is taken to mean a special technique to monitor ''group risk'' with respect to a whole of banking or finance undertakings mutually linked by shareholding or control relationships. It involves the application of capital ratios and other prudential requirements on a consolidated basis. Consolidation is designed to permit supervisory authorities to assess a banking group's overall exposure to risk.

No transaction carried out by a group's individual subsidiaries may only be assessed in isolation, but it shall be considered together with any others as if all of them were just one transaction. This is because the relevant risks are not deemed to be independent of one another, but of concern for the group's entire structure.

Supervision on a consolidated basis as a method to assess a credit institution's financial stability meets two crucial needs - fighting mutual contagion within a group of undertakings and removing the so-called ''double gearing'', *i.e.* the chance for a company's assets to be computed twice.

Pursuant to Article 3 of Directive 92/30, every credit institution which has a credit institution as its subsidiary is subject to supervision on the basis of its own consolidated financial situation.

The methods whereby consolidation must be accomplished are provided for in Article 5 of this Directive. In accordance with the principle of achieving a higher degree of harmonisation, the Directive requires that all companies or institutions which are subsidiaries of a credit institution shall have their accounts consolidated with their parent company's according to the ''full consolidation'' approach (13).

The principles underlying supervision over banking groups are applied in practice by taking the measures provided for in

---

(13) By the full consolidation method, a bank's assets and liabilities and off-balance-sheet items, as well as the revenues and charges of any companies within the scope of consolidation are fully reported in the consolidated accounts, subject to consolidation of minority interests and the removal of intra-group transactions.

Article 7 of the Directive to permit supervision on a consolidated basis to be properly implemented.

The measures involved are, on the one hand, an obligation for the Member States to make possible the direct exchange between a group's undertakings of any useful information for supervision purposes and, on the other hand, an obligation for the Member States' competent authorities to exchange any useful information to allow or aid the exercise of supervision on a consolidated basis.

In particular, Article 7, para. 1, requires that

''Member States shall take the necessary steps to ensure that there are no legal impediments preventing the undertakings included within the scope of supervision on a consolidated basis (...) from exchanging among themselves any information which would be relevant for the purposes of supervision in accordance with this Directive''.

Article 7.2 requires that

''[w]here a parent undertaking and any of its subsidiaries that are credit institutions are situated in different Member States, the competent authorities of each Member State shall communicate to each other all relevant information which may allow or aid the exercise of supervision on a consolidated basis''.

Accordingly, two levels of information exchange have been provided for — one between a group's companies, the other between supervisory authorities.

With respect to the first level, EC rules require the Member States to permit in practice a parent undertaking to exercise supervision through the exchange of any information of the kind specified in Directive 89/647 as is necessary to calculate credit institutions' solvency ratios.

In Italy, Article 66, para. 4, of the TUB, quoted above, expressly requires that

''the undertakings indicated in Article 65 which have registered offices in Italy shall provide to either their parent undertaking or an individual bank, as the case may be, all the required data and information to permit the exercise of supervision on a consolidated basis''.

Conversely, where a parent company is situated in a different Member State, Article 66, para. 5, of the TUB, discussed above, requires that

''undertakings with registered offices in Italy included within the scope of supervision on a consolidated basis falling under the jurisdiction of the supervisory authorities of other Member States shall provide to any entity as each such authority has identified all relevant information for the purposes of supervision on a consolidated basis''.

Likewise, in Germany, paragraph 44(*a*) of the German Banking Act, under the title ''Cross-border Information and Inspection'', provides as follows:

''Legislation that restricts the transmission of data does not apply to the transmission of data between a credit institution, (...) and an enterprise domiciled abroad which directly or indirectly holds at least twenty percent of the capital shares or voting rights in the enterprise (...), if such transmission of data is necessary to comply with the prudential provisions on the enterprise domiciled abroad, as provided in the Consolidation Directive. The Federal Banking Supervisory Office may prohibit an institution from transmitting data to a non-EEA. state'' (14).

Similarly, in France, Article 51 of Loi No. 84-46 of 24 January 1984, as later amended, requires that

''where supervision is exercised on the basis of a consolidated financial situation, financial groups shall take adequate control procedures for the transmission of any useful information and data to allow such supervision to be exercised. The manners of application of this provisions will be specified in a regulation by the *Comité de la réglementation bancaire et financière*''.

The first level of informational supervision alone, *i.e.* the level on which information is exchanged directly between undertakings, is not enough to ensure proper supervision on a consolidated basis. A controlled company and its controlling undertaking within the same group are not the more suitable entities to monitor each other, since their nature leads them to pursue the same interests (except in the case under scrutiny herein — a quite peculiar one, in fact).

Therefore, it is necessary for the competent authorities of the Member States in which a group's companies are situated to

---

(14) *Banking Act*, in *Federal Law Gazette* I, p. 2776. (EEA stands for European Economic Area).

co-operate with one another to ensure the effectiveness (and truthfulness) of supervision. More specifically, in compliance with the home country control principle, the authority that has issued the banking licence to the parent undertaking may request and obtain from the authorities of the other Member States any necessary data and information for the exercise of supervision on a consolidated basis.

Such supervision can be also achieved through the possibility to carry out on-site inspections at the relevant subsidiary's place of business. Inspections may be carried out — at the discretion of the supervisor of the Member State in which the subsidiary is situated — either by examination staff appointed by the supervisor of the parent undertaking's Member State, by representatives of the authorities of the subsidiary's Member State, or by independent auditors (pursuant to Article 4 of Directive (EC) No. 95/26) (15).

With respect to third countries, the Directive requires, in its 10rd *Whereas*, that it is advisable that agreements be executed, on a reciprocity basis, between the Community and Third States to permit supervision on a consolidated basis to be exercised in practice on the broadest possible geographic basis. This is a material departure from Directive (EC) No. 83/350, pursuant to

---

(15) It has been held in doctrine that Article 7.1 of Directive (EC) No. 92/30 covers specific issues merely internal to individual Member States, *i.e.* only cases in which all of a group's credit institutions are established in one Member State.

The case of companies situated in different Member States is deemed to be regulated by Article 7.2 and to require information exchange only through their respective authorities. (See G. GODANO, *La legislazione comunitaria in materia bancaria*, Bologna, 1996, p. 160).

The errone ausness of such an approach has been borne out by a review of the ways in which different domestic law-makers have construed the contents of the Directive. This approach is also in conflict with the rationale underlying the issuance of the Directive itself — providing uniform regulation of supervision over banking groups. To provide for different treatments depending on whether the parent undertaking is situated in the subsidiary's Member State or in another Member State, by not permitting direct data transmission — or even not allowing the parent undertaking to receive any data whatsoever because of professional secrecy obligations imposed on each authority — would make the entire content of the Directive pointless and in conflict with the principle of equal treatment of domestic entities with EC entities, a principle which is, in fact, the mainstay of the European Union itself.

which the supervisors of individual Member States were allowed to enter into bilateral agreements with third countries' authorities to regulate the exercise of supervision on a consolidated basis. Article 8 of Directive (EC) No. 92/30 states that the Commission may submit to the Council, whether on request of a Member State or on its own initiative, proposals for agreements to be negotiated with one or more Third States with the intention to agree on manners of application of supervision on a consolidated basis.

Each such undertaking is expected mainly to provide for the possibility to obtain information which is relevant to the exercise of supervision on a consolidated basis. Any proposal for negotiations as it is submitted by the Commission must be authorised by the Council. A debate is under way in doctrine as to whether the Commission's negotiating powers in the area of supervision on a consolidated basis are exclusive or concurrent with the Member States' residual powers. The text of the Directive and the Council's preparatory proceedings seem to indicate that the former approach will prevail (16).

Besides with respect to third countries, paragraph 3 of Article 3 requires that the Member States or the competent authorities responsible for supervision on a consolidated basis may waive the inclusion within the scope of consolidation of a credit institution that is a subsidiary of, or in which a participating interest is held by, the parent undertaking concerned, if the institution to be included is situated in a Third State in which there are legal impediments to the transmission of the relevant information.

5. The scope of the exchange of prudential information between supervisors has been expanded by Directive (EC) No. 95/26 of 29 June 1995, under which Member States have been offered the discretion to authorise exchanges of information not only between their competent supervisory authorities, but also between supervisory authorities and such other domestic authorities as those which are parties to liquidation, insolvency or other similar proceedings against financial undertakings, or any

(16) In this regard, see G. GODANO, *op. cit.*, p. 161.

authorities made responsible by law for identifying any breach of the applicable company laws.

In each case, the exchange of any such information shall be subject to professional secrecy and, accordingly, where the relevant information is received from another Member State, it can only be disclosed with the prior express consent of the competent authority which transmitted it in the first place.

6. A review of the applicable EC Directives and the ways in which each Member State has implemented the relevant provisions clearly indicates that two levels of information have been provided within the EC jurisdiction in matters of supervision on a consolidated basis, both of them necessary and mandatory — the direct exchange of information between undertakings, on the one hand, and the exchange of information, with the possibility to carry out inspections, between the relevant authorities on the other hand.

This two-levels system ensures the proper exercise of supervision on a consolidated basis and provides a crucial meeting point for the monitoring of banking group's operations, and for the stability of the financial markets throughout the Community, while reducing, through monitoring, the risk of possible failures.

The existence of these supervision principles and their contents cannot be ignored in Poland, which, on 16 December 1991, entered into a Europe Agreement establishing an association between the European Communities and their Member States, on one side, and the Republic of Poland, on the other, effective as from 1 February 1994.

In the recitals of the agreement, the Parties recognise the desire to reinforce existing links and to establish close and lasting relations, based on reciprocal interests, which would allow Poland to take part in the process of European integration, in the light that ''the final objective of Poland is to become a member of the Community and that this association, in the view of the Parties, will help to achieve this objective''.

Pursuant to Article 1, para. 2, the aims of the agreement are, among others, to promote the expansion of trade and the harmonious economic relations between the Parties and to provide an appropriate framework for Poland's gradual integration

into the Community. ''To this end, Poland shall work towards fulfilling the necessary conditions''.

In accordance with Article 6,

''[t]he association includes a transition period of a maximum duration of 10 years divided into two successive stages, each in principle lasting five years. The first stage shall begin when this Agreement enters into force [1 February 1994]. The Association Council shall proceed regularly to examine the application of this Agreement and of Poland's accomplishments in the process leading to a market economy system''.

As for the part of the agreement specifically of concern herein, Article 68 of Title V, under the heading Payments, Capital, Competition and Other Economic and Legislation-approximation Provisions, states as follows:

''The Contracting Parties recognise that the major precondition for the economic integration of Poland into the Community is the approximation of that country's existing and future legislation to that of the Community. Poland shall use its best endeavours to ensure that future legislation is compatible with Community legislation''.

Article 69 provides as follows:

''the approximation of laws shall extend to the following areas in particular: customary law, company law, banking law, company accounts and taxes, intellectual property, protection of workers at the work place, financial services, rules of competition, protection of health and life of humans, animals and plants, consumer protection, indirect taxation, technical rules and standards, transport and the environment''.

Furthermore, Article 83 on Banking, Insurance and Other Financial Services, of Title VI headed Economic Co-operation, requires that:

''[t]he Parties shall co-operate on the adoption of a common set of rules and standards, *inter alia*, for accounting and for supervisory and regulatory systems of banking, insurance and financial sectors.

Both sides shall establish precise methods of facilitating the process of reform, in particular by:

— contributing to the preparation of glossaries and the translation of Community and Polish legislation,

— holding discussions and information meetings on the laws in force or being drafted in Poland and in the Community;

— providing training''.

Monitoring of compliance with the requirements contained in the Association Agreement is provided for in Article 10, ff., under the responsibility of an Association Council which shall meet once a year and when circumstances require. ''It shall examine any major issues arising within the framework of this Agreement and any other bilateral or international issues of mutual interest''.

Some members of the Association Council are representatives of the European Council, some others are members of the Polish Government.

The Association Council is assisted by an Association Committee and a Parliamentary Association Committee. The latter's members are members of the European Parliament, on one side, and members of the Polish Parliament on the other.

Pursuant to the clauses of the agreement, Poland shall perform an obligation to approximate its legislation to Community legislation. This is tantamount to saying that Poland has undertaken, in matter of supervision over banking groups, to implement the provisions of Article 7 of Directive (EC) No. 92/30, underlain by the two information levels principle to permit the performance of supervision on a consolidated basis.

Though the 4 October 1999 Opinion, written by M. Grzybowski and C. Wsniewski, acknowledges the existence of the obligation to approximate Poland's domestic rules and standards to those of the Community, the two authors consider that this obligation is expected to be performed over 10 years commencing on 1 February 1994 and that, in particular, prudential standards are expected to be applied in the second stage of the agreement.

In this regard, I have been unable to find any regulatory provision requiring harmonisation in banking matters to take place in the second stage. Moreover, as such second stage has been in progress for at least one year and eight months, this seems to postulate the existence — already at this point in time — of specific indicators of a gradual approximation of Poland's banking legislation to the Community's one.

IV.

It is also important to consider the possibility that the issues under scrutiny could be resolved on an international level within the scope of the co-operation among Central Banks that has been postulated by the Basle Committee.

First established in 1974, the Basle Committee is now comprised of members of the Central Banks and Supervisory Authorities of 12 countries: Belgium, Canada, France, Italy, Germany, Japan, The Netherlands, Luxembourg, the United Kingdom, the United States of America, Sweden and Switzerland. Its meetings are also attended by a representative from the European Commission.

The work of the Committee has been focused on enhancing the efficiency of supervisory methods on an international level and on the sharing of information between authorities. Its proceedings have found their way into two sets of documents. The first set states in 25 points the *Core Principles* worked up by the representatives of the Basle Committee itself and the banking regulators of Chile, China, the Czech Republic, Hong Kong, Mexico, Russia and Thailand (with the co-operation of the authorities of Argentina, Brazil, Hungary, India, Indonesia, Malaysia, Poland, South Korea and Singapore) with the intention to accomplish effective banking supervision. The other set of documents is a *Compendium* of recommendations, guidelines and standards drafted by the Basle Committee in accordance with the Core Principles.

The Basle Committee's work pursues aims which are similar to those pursued within the European Community in terms of co-ordination and approximation of banking systems in the Member States and of banking supervisory rules. The means applied by the two organs to this end are different. Directives binding upon the Member States are used by the Community, while the Basle Committee only issues recommendations which, though lacking force as laws or international treaties, are deemed to be binding upon the intended recipients under the

authority provided by the endorsement of the Governors of the Central Banks involved (17).

Accordingly, the Basle Committee has no supra-national powers in banking matters, and its formal documents lack any force of law (18). In any event, the Committee's instruments are expected to be binding at least on the signatories of the documents being issued by it from time to time, *i.e.* on the Member States' Central Banks. For the Central Banks are bound to perform the obligations undertaken by their Governors upon signing the relevant instruments on their behalf, under the powers vested in them to that effect, at least as private law agreements and at least until the law-makers of each country provides for otherwise or the Central Bank concerned denounce them, stating that it is no longer willing to comply therewith (19). The legal enforceability of the Basle Committee's instruments in the sense specified above, regardless of any qualification thereof as sources of law, is borne out by the consideration that ''the prudential standards developed by the Basle Committee, as refined over the years, are still the primary component of the superviso-

---

(17) For an overview on the Basle Committee and its activity, see in general: A.J. CORNFOLD, *The Basle Committee's proposal for revised capital standards: rationale, design and possible incidence*, New York, UNCTAD, May 2000; ID., *Standards for transparency and banking regulation and supervision: contrast and potential*, in UNCTAD, *Monetary and financial issues for the 1990s*, vol. II, New York, 1999, pp. 83-98; L.C. LEE, *The Basle accords as soft law: strengthening international banking supervision*, in *Virginia Journal of International Law*, 1998, p. 14, ff.; J.J. NORTON, *Devising International Bank Supervisory Standards*, London-The Hague-Boston, Kluwer, 1996; J.J. NORTON, C.J. CHENG, I. FLETCHER, *International Banking Regulation and Supervision: Change and Transformation in the 1990s*, London-The Hague-Boston, Kluwer, 1994.

(18) In this respect, G. GODANO, *op. cit.*, p. 128, writes that ''recommendations from the Basle Committee have the nature of gentlemen's agreements, the influence of which on domestic laws is, for some countries, only indirect and entirely resting on the authoritative quality of the endorsement granted by the Governors to such recommendations''.

(19) For the commitments undertaken by the Governors, see I. BORRELLO, *op. cit.*, p. 434, according to whom ''the approval by banking regulators of the initiatives taken at Basle reinforces the commitment to implement these [*core*] principles by issuing such implementation orders — whether by law or otherwise — as may be deemed best suited to national realities. This is a way to advance a common approach to supervisory methods, irrespective of any analytical harmonisation of the techniques being used in the different countries''.

ry rules of the Member States and, to a growing extent, of non-G-10 countries as well'' (20).

The Basle Committee develops general supervisory standards, guidelines and operational recommendations for banking supervisors. The objective is to spread its principles beyond the scope of the G-10 countries as well. To this end, it maintains close contacts with, and provides drive and co-ordination to the supervisors of non-G-10 countries. It also sponsors international conferences which are held every second year and in which the supervisors of all countries are invited to participate.

The most important result of the Basle Committee's work is the Basle Concordat first issued in 1975, under which different tasks were allocated to the supervisors responsible for the supervision of international banking groups.

More specifically, the First Basle Concordat provided a co-operation framework designed to remove any weaknesses from national supervisory systems, by stating the principle that no banking establishment may escape supervision and, accordingly, providing for an allocation of supervisory responsibilities among national authorities.

The Concordat was first amended in 1983 (following the Banco Ambrosiano shock), then in 1992 (following the failure of Bank of Credit and Commerce International). On the latter occasion, the principles underlying the Concordat were updated by introducing the so-called ''minimum standards'' designed to define the conditions of the exercise of effective consolidated supervision. One of the principles so affirmed is the right for the supervisor of a home country to obtain from overseas, on prior agreement with the host country's supervisor, appropriate information on any foreign banking establishments of the banks or banking groups under its supervision, even by conducting on-site inspections.

The minimum standards for the supervision of international banking groups and their cross-border establishments were published by the Basle Committee on Banking Supervision in July 1992. Four key principles were stated:

1) All international banks should be supervised by a

(20) I. BORRELLO, *op. cit.*, p. 438.

home country authority which duly performs consolidated supervision and has the right to prohibit corporate structures which impede supervision.

2) The creation of a cross-border banking establishment should receive the prior consent of both the host country and the home country authority.

3) Home country authorities should possess the right to gather information from their cross-border banking establishments.

4) If the host country authority determines that any of these three standards are not met, it could impose restrictive measures or prohibit the establishment of banking offices.

As a consequence, home supervisors have often found difficult in practice to have access to the necessary information to exercise consolidated supervision, because of the banking secrecy constraints applicable under national laws. Accordingly, the Committee has often issued recommendations to the supervisors in order to stimulate then to make their best efforts to prevent banking secrecy from becoming an impediment to supervisory activities on a consolidated basis throughout the international banking system.

It must be pointed out that the Basle minimum standards have also been endorsed by other, non-G-10 countries in accordance with the Committee's intent to expand its scope for action and strengthen prudential supervision even in countries outside the G-10 environment. It should be added that an amended list of Core Principles for Effective Banking Supervision was published on 22 September 1997. This was expected to provide a reference framework to direct supervisory and other public authorities' activities in implementing banking supervision.

These principles also apply to international banking. In particular, the following points are worth mentioning:

23) Banking supervisors must practise global consolidated supervision over their internationally-active banking organizations, adequately monitoring and applying appropriate prudential norms to all aspects of the business conducted by these banking organization worldwide, primarily at their foreign branches, joint ventures and subsidiaries.

24) A key component of consolidated supervision is establishing contact and information exchange with the various

other supervisors involved, primarily host country supervisory authorities.

These Principles take up the provisions of the Basle Concordat as later amended, all of which contained in Volume III of the Compendium.

The regulation of supervision on a consolidated basis has become the subject matter of several documents, among which the Supplement to the Concordat, under the title Information Flows between Banking Supervisory Authorities (April 1999). The Supplement to the Concordat specifies that the principal task of a central supervisory authority is to satisfy itself that there is an steady information flow going on from a subsidiary to its parent bank and from the parent bank — in a consolidated form — to the central supervisory authority. This requires a correct data transmission system between each subsidiary and the controlling bank, so that the system can effectively be monitored. A number of recommendations follow to ensure proper performance by the parent bank on the first supervision level in accordance with the data furnished by the subsidiary involved.

The most recent of the documents contained in the Compendium, The Supervision of Cross-Border Banking, was drafted by the Basle Committee in collaboration with the Offshore Group of Banking Supervisors and subsequently endorsed by 130 countries attending the International Conference of Banking Supervisors in June 1996.

This document contains twenty-nine recommendations aimed at removing obstacles to the implementation of effective consolidated supervision.

The twenty-nine recommendations are grouped into three chapters: 1. Improving the access of home supervisors to information necessary for effective consolidated supervisions; 2. Improving the access of host supervisors to information necessary for effective host supervision; and 3. Ensuring that all cross-border banking operations are subject to effective home and host supervision.

More specifically, the recommendations in the first chapter are based on the assumption that a proper flow of all necessary information for consolidated supervision has taken place within the relevant banking group. These recommendations deal with the second level of supervision, *i.e.* that home supervisors must

be able to obtain information from host supervisors to verify that any quantitative information received from banking organizations in respect of subsidiaries and branches established in other jurisdictions is accurate and to make sure that there are no supervisory gaps.

The home supervisory authority's control consists first of a review of quantitative information. However, this does not exclude that information can also be requested about individual depositors' names and deposit accounts, as well as qualitative information on the type of activity carried on by any subsidiaries of the parent bank on which that authority exercises its supervision.

With respect to information flows, this document also specifies that there are several ways in which home supervisors may receive information. Effective consolidated supervision rests on a correct flow of information from the local banking activity to the home country supervisor. ''For example, information should be capable of flowing:

— from the subsidiary or branch to the head office of parent bank;

— from the parent bank of head office to the home supervisor;

— from the subsidiary or branch to the host supervisor;

— from the host supervisor to the home supervisor''.

It is clear that the Basle Committee itself is convinced that effective supervision on a consolidated basis can only be guaranteed if both supervision levels are implemented. The first will allow direct information flows from subsidiaries to parent banks; the second will provide home supervisors with adequate tools to verify the accuracy of the information received from the parent bank in a consolidated form.

Therefore, because of the nature of pre-conditions characterising both levels, the Basle Committee has recommended that host supervisors should use their best endeavours to guarantee proper compliance therewith under their applicable regulations.

V.

1. A conflict similar to the one which, based on the legal opinions referred to in Section II hereof, would arise under the

Polish law with respect to the information obligations the subsidiary hereunder, a bank listed in the Warsaw Stock Exchange, is required to discharge in its relationships with its Italian parent bank, may also arise in the Italian system of law. This is because, in the assumption that the subsidiary involved was not a Polish institution, but an Italian bank listed in the Italian regulated market, it could be assumed, at least in abstract terms, that the TUB provisions referred to above — imposing reporting duties on banks with respect to the Bank of Italy — may overlap the provisions on ''corporate reporting'' contained in Title III, Chapter 1, of the Consolidated Act on Financial Intermediaries (Legislative Decree No. 58 of 24 February 1998, hereinafter the ''TUIF'').

By taking a ''simulation'' approach on the basis of the standards in force in the Italian jurisdiction — and in accordance with the principle of ''combined'' assessment stated in Section IV hereof, as a result of the cumulation of the two applicable statutes — it can be demonstrated that any opposition by the Polish bank to the disclosure of necessary information for supervision on a consolidated basis would be unjustified.

Under the Italian legal order, the TUIF provides for a general information duty to be discharged by listed companies to protect investors and their investment or divesture choices. More specifically, Article 114, para. 1, of the TUIF requires listed companies to make available to the public any such ''facts'' occurring within their own and their subsidiaries' business scope as

''are not public knowledge and are likely, if made publicly known, to materially affect the prices of securities to a material extent'' (21).

In my opinion, the general character of the provision just quoted above poses, at least, the problem of its possible outright application to banking institutions. As indicated above, banks have been subjected to a detailed organic set of rules in the TUB of 1993, under which, *inter alia*, a specific regulatory framework

---

(21) In the terms of Article 114.1 of the TUIF, ''listed issuers and their controlling entities shall inform the public of any fact occurring within their own and their subsidiaries' scope for business activity that are not public knowledge and are likely, if made publicly known, to influence the prices of securities to a material extent''.

has been developed, with respect to banking groups, which can hardly be found in any provisions of company law. Banking legislation is a special body of laws outside any other statutes in force in corporate matters. As a consequence, any actions taken by the Consob (Supervisory Commission on Companies and the Stock Exchange) in implementing provisions of law regulating listed companies' reporting duties must be construed in view of the special nature of the banking law. As discussed more extensively below, even if this special nature of the banking law and the different priority to be assigned to it relative to the general statutes on companies are set aside, it can be demonstrated that no conflict exists between the two sets of rules.

With respect to the nature and contents of the publicity obligations provided for in Article 114 of the TUIF, it can be held that this article does not provide for a close identification of all possible types of ''price-sensitive'' events. Accordingly, the disclosure duty implies an assessment to be made by issuers on a case-to-case basis as to the likelihood for any act or fact to influence prices ''to a material extent'' (22).

Article 66 of the Consob Regulation adopted under Resolution No. 11971 of 14 May 1999, as amended by Resolution No. 12475 of 6 April 2000 (23), an instrument known as ''Issuers Regulations'', as well as recent rules in application of Legislative Decree No. 58/1998, in regulating the *continuing* information flows the issuers listed in the Stock Exchange or in any regulated markets other than the Stock Exchange are required to provide, has only identified as price sensitive events some specific limited occurrences, *i.e.*, in the terms of Article 66, para. 6, subs. (*a*) and (*b*):

''(*a*) any... accounting entries to be disclosed in the annual accounts, consolidated accounts and interim reports, if any such entry is otherwise disclosed to outside entities or as soon as it has acquired a sufficient measure of certainty; and

---

(22) Assonime Circ. No. 108/97.

(23) The Consob Regulation has been amended by Consob Resolutions 13086 of 18 April 2001, 13106 of 3 May 2001, 13130 of 22 May 2001, 13605 of 5 June 2002 and 13616 of 12 June 2002. These Resolutions have slightly modified the wording of Article 66, para. 6, but the substance of this paragraph has been preserved.

(*b*) any resolutions whereby the board of directors has confirmed the company's draft annual accounts, the proposed dividend distribution, the consolidated accounts and the interim report''.

This regulatory provision envisages: (i) an objective profile with respect to the nature and characteristics of the information to be disclosed; and (ii) a subjective profile with respect to the identification of the relevant ''entities outside the issuer's organization'', disclosure to whom will result in an obligation of disclosure to the general public.

2. The first requirement to be met under Article 66 of the Consob Regulation (*i.e.* the occurrence of materially relevant events in the conduct of an issuer's business) suggests that the requisite disclosure should primarily cover the so-called ''corporate information'', *i.e.* any information with respect to events or knowledge of facts occurred or developed inside an undertaking and affecting its business or assets (*e.g.* those provided for in Article 5, para. 2, as currently in force, and Article 8 of Regulation No. 5553, now Article 66 of the Consob Regulation No. 11971/99) and any likely developments (*e.g.* major agreements with other undertakings, major orders, contracts or acquisitions, the introduction of new products to the market or any expected changes in P&L components) or any transactions especially at risk (*e.g.* major legal claims).

With respect to the ''nature of facts'', disclosure must cover any past or present events or behaviours (the so-called ''hard facts''), not any estimates, inferences or predictions as to future events (the so-called ''soft information''). In interpreting the requirement for any such information to be disclosed ''without delay'', Consob has specified that compliance with information obligations ''rests on the issuers' co-operation based on their [*not Consob's*] accurate interpretation of the markets' information needs'' (24). It is necessary, therefore, that the information to be disclosed passes the board of director's test, can be imputable to it and is also ''relevant to the market'' and reliable, *i.e.* characterised by a sufficient degree of probability and definition.

---

(24) Consob, *Notice No. 98011546, of 17 February 1998*.

The conditions for the occurrence of any such event are fulfilled when a subsidiary established in a third country outside the European Union engages in any transaction likely to affect the price performance of the securities of its parent company listed in Italy.

The assumption that no estimates, inferences or predictions as to future events shall be sufficient matters for disclosure is borne out by, *inter alia*, Article 68 of the Consob Regulation, which, in providing for the manners of publicising budget information or quantitative targets, has established the merely *discretionary* character of any information of this kind.

The market's interest in the timely disclosure of any major events affecting the issuers is bound, in my view, to be restricted by any such issuer's privacy and free-enterprise rights warranted by the National Charter, something quite clearly perceived in those more delicate circumstances in which a price-sensitive event appears to be still in the making. In this respect, my opinion is that more restrictions to information obligations are not only to be found under any regulatory conditions of exemption from publicity duties (Article 114, para. 4, providing for cases in which disclosure to the public may have a materially adverse effect on the company concerned), but also in the elements of the information to be disclosed, than in the very basis of the information obligation (25).

To protect all the competing interests at play, for example, the French, English and American systems of laws grant any issuer the option to refrain, under certain circumstances, from immediate disclosure, provided that the issuer is able to maintain *information dissemination confidential* in the period under consideration. If the issuer is no longer able to ensure such confidentiality, because, for example, an excessive number of insiders is aware of the event, then the issuer's interest in protecting confidentiality would become subordinated to the investors' and markets' interest in timely disclosure (26).

---

(25) See P. SFAMENI, *Comunicazioni al pubblico*, in P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI (eds.), *La disciplina delle società quotate, Commentario*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 528.

(26) In particular, Chapter 9, paragraphs 9.4, ff., of the London Stock Exchange Listing Rules concerning issuers' Continuing Obligations, afforded the

Likewise, paragraph 2 of Article 4 of Regulation No. 90-02 of the French Cob (Securities Commission) concerning the issuer's obligation to inform the public of any price-sensitive events, requires that the issuer may be allowed to decide to defer disclosure "if it is able to secure confidentiality".

In the foreign experiences just illustrated above, certain information on events still in the making may be not subjected to dissemination obligations in the face of their price sensitiveness.

The rationale behind the imposition of certain information obligations — *i.e.* to prevent the abuse of certain privileged information and cases of unlawful information asymmetry in the market — also justifies exemption from such obligations where the relevant information remains within the issuer's *private* sphere for some time or — it seems fair to infer — within the scope of knowledge of any authorities or other entities to which any price sensitive information has been disclosed under specific reporting obligations and whose employees are otherwise bound to professional secrecy.

3. With respect to the obligation imposed by Article 66, para. 6, sub. (*a*), of the 1999 Consob Regulation to inform the general public of accounting entries to be disclosed in half-year interim reports, annual accounts and consolidated accounts, if any such entry is otherwise disclosed to "outside entities", irrespective of whether it has acquired a sufficient measure of certainty, the following must be clarified.

In the terms of the broader interpretation submitted by Consob, the notion of "an entity outside the issuer's organization" includes the parent company, which, in compliance with, *inter alia*, the prohibitions under Article 180 of Legislative Decree No. 58 of 1998, will be under an obligation not to abuse its information privilege (27).

It is quite evident that the requirement under Article 66,

---

choice to the company involved not to disclose to the Company Announcement Office any information related to forthcoming developments or transactions being negotiated, and even the possibility to disclose any such information to a narrow class of entities (such as major authorities or institutions) provided that the issuer shall be able to ensure confidentiality by the entities involved.

(27) P. SFAMENI, *op. cit.*, p. 543.

para. 6, sub. (*a*), just referred to above, and the consequent obligation to disseminate information, seems to be *not applicable to a banking group*. This is because of the peculiar status assigned to banks and banking groups by the special legislation in force in the Italian law system (28). Therefore, I would be reluctant to believe that the parent bank of a banking group can be treated as a third-party entity, outside a subsidiary's organization. Beyond this preliminary objection — which would be enough to dispose of any potential conflicts between the applicable statutes — and in pursuing the simulated approach as suggested above, the following considerations can be offered.

Pursuant to Article 180 of the TUIF referred to above, an abuse is deemed to occur when the parent company, ''having privileged information in its possession because of its shareholding interests in any company's equity, or in exercising any function, whether public or otherwise, of a profession or an office'', discloses such information ''without any justified reason''. Obviously, no one can possibly hold that any information divulged in compliance with banking supervision rules is divulged without a ''justified reason''. In general, one can, however, say that any information that has come into the possession of a parent bank as a result of applying such rules may only be held to have been unlawfully used if such use was not intended to secure the group's financial stability and the abatement of the risk the affiliated banks — then the group as a whole — are exposed to (29).

An added consideration is that an extended notion of ''outside entity'', together with the failure to distinguish between ''voluntary'' disclosure as opposed to ''mandatory'' disclosure of accounting information to outside entities, may far exceed the scope for application of any such disclosure and create conflicts

---

(28) The emphasis expressly placed by Article 94, para. 2, of the TUIF, as referred to in Article 113, para. 1, thereof, on the existence of a ''sector'' control system for the preparation of offering circulars or prospectuses, shows that the Italian rules of law on corporate governance is bound to reckon with the peculiarity of the entities to which such rules apply from time to time. On the subject, see comments to Articles 113 to 116 of the TUIF by T. DE VITIS, in C. RABITTI BEDOGNI (ed.), *Il testo unico dell'intermediazione finanziaria, Commentario*, Milano, 1998, pp. 623-24.

(29) In this respect, see R. COSTI, *op. cit.*, p. 578.

between statutes. A better interpretation appears to be the one that rules out the existence of any disclosure obligation *vis-à-vis* the market *at least* when disclosure of price-sensitive accounting information to certain entities *is imposed by specific requirements of law or regulatory provisions*, or is recommended by Consob. In fact, mere compliance with requirements of law (*e.g.* disclosure to the competent supervisory authorities) cannot possibly be viewed as capable to change even non-price sensitive information into information subject to public disclosure.

In view of the foregoing, though ''voluntary'' disclosure of any such information to outside entities is justified by Article 180, para. 3, of the TUIF, it appears to be the only type of disclosure falling within the scope of application of Article 66, para. 6, sub. (*a*) of the 1999 Consob Regulation, as later amended, thus resulting in an obligation to disclose such information.

More specifically, according to the line of reasoning followed so far, I believe that disclosure of ''relevant'' accounting information to a parent bank in compliance with the provisions of law under scrutiny cannot — if intended to comply with (i) other mandatory provisions in terms of company law or banking law (30), (ii) the Supervisor's recommendations (31), or (iii) the Supervisor's regulations — be deemed to fall within the scope of the provisions in question (32). As for the third case, a clear reference can be made to the Supervisory Regulations on Banking issued by the Bank of Italy in Circular No. 229 of 21 April 1999, specifically in connection with any parent bank's informational powers and its subsidiaries' reporting obligations (Regulations, Chapter 2, Sec. III). In fact, the approach suggested here should also be taken whenever any information disclosed to the relevant ''outside entity'' is not in itself — because of its being intrinsically different — ''relevant'' to public disclosure.

In this regard, I believe that the likelihood for banking su-

---

(30) As for the former, just think of the provisions requiring the entity controlling a listed issuer to prepare consolidated annual reports and accounts.

(31) Such as the Consob Recommendation contained in Notice No. 97001574 of 20 February 1997, which anticipated some regulatory solutions of the consolidated act.

(32) The same approach has been taken in doctrine by P. SFAMENI, *op. cit.*, p. 547, especially fns. 97, 98 and 99.

pervision provisions to overlap Consob's regulatory provisions could be overcome in the light of the applicable general principles. In view of the special nature of the rules banks are subject to, and the *difference in ranking that exists between banking supervision rules and corporate governance rules*, some perplexities arise from Consob's extreme position to take the notion of "accounting entries" subject to the public disclosure obligation also to include — along with draft year-end balance sheets and P&L accounts, consolidated year-end accounts and half-year interim reports — "any accounting entries, even if only covering individual items or estimated figures, as the board of directors may review for inclusion into annual accounts or half-year reports" (33).

4. In the light of the foregoing considerations, it should be pointed out that, in general legal terms, supervisory provisions (and the related obligations imposed on private corporate entities) have a quite distinct rank within the overall law system.

This is because supervisory provisions involve the regulation of a relationship between (i) the top organs of the Public Administration (the Bank of Italy in the first place), vested with a vital control power within the broader regulatory framework provided for by Community laws even before national laws, and (ii) such private entities as private banking undertakings, whether organised as banking groups or otherwise, which are subjected to such controls and related constraints.

The information flows these provisions are intended to

---

(33) Consob, *Notice of 17 February 1998, n. 98011546*. Such position, quite beyond the anticipation on the time of mandatory disclosure it seems to suggest, appears objectionable especially because Consob has even included, in the notion of "entity outside the company (...), parent undertakings, institutional investors, financial intermediaries, financial analysts, credit institutions, rating agencies and independent auditors", resulting in an extension of "continuing information" obligations to alleged purposes of protection of market transparency. To temper this position at least in part, it has appropriately been suggested in doctrine that the reference to the phrase "any accounting entries" permits to exclude from the scope of application any information not of an accounting or quantitative nature in a broad sense or that, though being of such nature, is not intended to be included in the statutory instruments in question. In this vein, see P. SFAMENI, *op. cit.*, p. 509, ff.

guarantee cannot — under no circumstances or for any reasons whatsoever — be broken by virtue of any alleged priority conflicts of a ''general'' kind.

In fact, the validity of this statement may not be deemed only to apply to the Italian legal order, if only because of the inescapable progress towards the approximation of the applicable requirements of law — whether on a Community level or otherwise — with which this opinion is concerned (34). More specifically, the set of rules intended to ensure public disclosure by listed companies cannot and must not be construed as conflicting with the overall system of banking supervisory provisions. Thus, while the rationale underlying either set of rules is quite different from the other, a less obvious finding — though not less firmly grounded — is that, for a systematic interpretation thereof, each must be assigned a different ranking in priority or a different scope for application. The arguments underlying the foregoing analysis are reinforced by the following logical and legal reasons.

The obligation to disclose any relevant information to the public has been imposed on each private entity with respect to other private entities. This involves an information flow between private entities which, though also discharging a ''public function'' — since the same information is treated as ''public good'' in our jurisdiction, in its being a necessary instrument to afford investors an informed access to financial markets, then to protect the markets themselves (35) — can hardly be likened to the quite different information flow between (i) banking undertakings and supervisory authorities, or (ii) in the case of groups of undertakings, between subsidiaries and their parent company (which merely acts as the party of reference for the supervisor). In other words, what can be called a ''supervisory relationship'' occurs between a public entity and a private entity and is, as

(34) The endorsement by Eastern European Countries, ''for various reasons'', of the directives-recommendations issued by the Basle Committee has been discussed in Section 6 hereabove.

(35) See P. SFAMENI, *Commento all'art. 114 del TUIF*, in P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI (eds.), *La disciplina delle società quotate, Commentario*, cit., pp. 522-25; T. DE VITIS, *Commento agli artt. da 113 a 116*, in C. RABITTI BEDOGNI (ed.), *Il testo unico della intermediazione finanziaria, Commentario*, Milano, 1998, p. 618.

such, characterised by the peculiar cogency associated with such quality.

In this respect, a crucial co-ordination role between the two sets of rules is implicitly played by Article 61, para. 4, of the TUB. This provision, in vesting the parent undertaking with the power to issue any necessary directions to the corporate group's members to implement the Bank of Italy's regulations, and imposing on the subsidiaries' directors, whether national or otherwise, the necessary co-operation to comply with consolidated supervision provisions, expressly places banking groups in a peculiarly different position from that of other issuers, in such a way as to justify a selective treatment in favour of the parent bank in terms of disclosure (36).

Nor could the construction submitted above possibly be impaired by any claims as to national requirements, purported secrecy obligations or alleged non-disclosure constraints. First, the necessity to make corporate governance rules fit banking supervision provisions applies even beyond a country's borders, at least within a geographic area characterised by a high degree of statutory unification and specific co-operation duties between supervisors. (In this respect, see the foregoing discussion). The stability of a banking system remains the all-important common objective in matters of supervision, since it is a pre-condition to secure investors' protection and the confidence in bank money. It is an asset that cannot be given up (37), and one appreciated by all jurisdictions across national borders, irrespective of whether standards or regulations have been made fully uniform or otherwise.

Secondly, the very *contents of disclosure obligations* in both

---

(36) All the following authors are in line with this opinion: A. BARTALENA, *Commento all'art. 180 del TUIF*, in P. MARCHETTI, L.A. BIANCHI (eds.), cit., p. 2008; R. PENNISI, *Attività di direzione e poteri della capogruppo nei gruppi bancari*, Torino, 1997. In a different argumentative context, though without taking any position with respect to the specific issue of disclosure of privileged information, P.G. JAEGER and P. MARCHETTI, in *Corporate Governance*, in *Giur. comm.*, 1997, I, p. 641, emphasise the relevance of information flows within a corporate group and the "physiological" role they can play.

(37) G. BERIONNE, *Commento all'art. 51 del d.lgs. n. 385/1993*, in F. CAPRIGLIONE, *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Cedam, Padova, 1994, p. 268.

cases permit *to distinguish between both scopes for application and pre-conditions*. In principle, obtaining any information with respect to specific relationships with third parties is not in the supervisors' interest, nor it is instrumental in pursuing banking supervision objectives. Likewise, it is not among a supervisor's tasks to acquire knowledge of the identity of any third party to which certain information or accounting entries are related. In fact, any information subject to disclosure qualifies, in principle, as *aggregate qualitative information and is not, as such, likely to affect the subjective positions of any third parties* entertaining relationships with the undertaking subjected to supervision. Qualitative information likely to have any harmful effects on individual confidentiality interests or rights will — if the necessary preconditions occur, at least within the Community — be exchanged directly between the central banks of the countries concerned.

5. The provision for a parent undertaking's power to request information from both its controlled companies and associated companies included within the scope for consolidated supervision, and for the latter's related duty to convey the requested information to the former, provides a departure from the ordinary rules of law (38). The specific purpose to permit the Bank of Italy to exercise consolidated supervision is the limit of, and the condition for, such departure. The purpose of supervision and the resulting restrictions also rule out the lawfulness of any such requests from the parent bank, even if it holds a controlling share in any such company, as ''are not necessary for the exercise of such supervision'' (39).

Within these limits, and only within them, the information to be disclosed may also concern any relationships the companies included within the scope of consolidated supervision may

---

(38) Which would not — it is appropriate to stress — allow the parent company, even if the owner of a controlling shareholding, to expect a controlled or associated company to provide an information flow in excess of that warranted by the right of information and inspection with respect to the shareholder involved, with the further restrictions imposed by, *inter alia*, Article 2422, para. 1, of the Italian Civil Code, when the associated company involved is a company limited by shares. See R. COSTI, *op. cit.*, p. 577.

(39) *Ibid.*, p. 578.

have with third parties and, under the expressed provision of law requiring disclosure, the professional secrecy obligation that banking undertakings are bound to observe with respect to their clients cannot be deemed breached (40).

Accordingly, it should be hold that: (i) *qualitative* information can be requested only in exceptional circumstances, since only exceptionally is it necessary for supervisory purposes, and (ii) even when this is not the case, no problems arise in relation to confidentiality obligations.

Hence, banks may not invoke confidentiality privileges to escape their disclosure duties for supervisory purposes. An added argument is that any breach of the obligation of proper disclosure to the Bank of Italy will be sanctioned pursuant to the applicable provisions of both administrative and criminal law. Conversely, the administrative nature of the Bank of Italy's power of inquiry and its consequent qualities of typicality and legality prevent the Bank of Italy from expanding its scope for action beyond the area relevant to the performance of its banking supervision tasks (41).

In this regard it is appropriate to stress the fact that the information transparency concept conveys a technical meaning. Though it does not envisage unqualified visibility to anybody, it rests on a balance, regulated by law, between the market's information needs and the confidentiality needs of banks, supervisors and a bank's clients themselves (42). The definition and protection of this balance, through the exploitation of the economic value of information as long as it does not impair inviolable personal rights or jeopardise financial intermediaries' activities or market operations, provides a goal to be pursued in the general public's best interests. In this view, it should be conceded that there are differentiated ''transparency'' levels depending on the degree of information dissemination relative to the interests involved. *Thus, transparency to the public will have different contents from transparency to supervisors*, criminal courts, civil

(40) This being the case, a generally accepted opinion is that the aim pursued through the disclosure of information concerning a controlled company is capable to prevail over the non-disclosure duty imposed on banks. *Ibid., loc. cit.*

(41) G. BERIONNE, *op. cit.*, p. 265.

(42) *Ibid.*, p. 268.

courts or tax authorities. Also, the different rules governing access to information form an integral and qualifying part of the transparency concept itself.

In light of these considerations, Italian and foreign banking operators' worries about information dissemination for banking supervision purposes appear to be unjustified.

This is borne out by the fact that, as indicated above, the Bank of Italy — *i.e.* the ultimate recipient of the relevant information — has imposed on itself a confidentiality obligation pursuant to Article 7 of the TUB with respect to any information being disclosed to it. Apart any abuse, which is liable to sanctions on this level as well, it can hardly be intimated that the operation of information flows for supervisory purposes may harm anyone. Moreover, no convincing explanation could account for the fact that secrecy requirements have been provided for to protect data to be disclosed for supervisory purposes in the first place, if such data — once it has been disclosed to the supervisor or any party responsible for reporting directly to it — is expected to be subject, under a different norm, to any obligation of public disclosure.

It has correctly been emphasised among the authors (43) that, though the confidentiality principle still stands through the non-disclosure obligation discussed above, its way of being changes, because the information received by the supervisor will be included, if necessary, within a reserved closed loop affording adequate guarantees of protection from the outside (44), yet with the possibility for the supervisor to benefit from useful fact-finding and operational synergies to perform its institutional functions. In this respect, it also appears appropriate to mention that the Second EC Directive in these matters, as commented on above, contains a *mandatory* list of the authorities and entities to which supervision information may be disclosed within the scope of co-operation relationships for purposes of supervision, and establishes compliance with confidentiality requirements as a pre-condition for any information exchange between Member States' supervisory authorities. Obviously, the same principle is applicable to any countries which have already approximated or

---

(43) See G. BERIONNE, *op. cit.*, p. 266.

(44) *Ibid., loc. cit.*

are in the process of approximating their banking systems to the European pattern.

6. The considerations offered above as to the absence of any real conflict between corporate governance and banking supervision provisions appear even more firmly grounded when a parent company is not going to use, or take *de-facto* advantage of, any information it may have acquired. This would be the case if the parent company refrains from proceeding to the purchase of a subsidiary's shares in the market following the acquisition by it of any information relevant to supervision. In this case, there would be no discriminatory treatment of minority shareholders. Under such circumstances, information retains its original function of ensuring performance of a specific legal obligation of the parent company as the entity responsible for the conduct of the corporate group's members. This is a different approach from the one underlying the provisions referred to above in matters of insider trading. Obviously, where any misconduct in this respect is established after the fact, then appropriate sanctions would be imposed.

In fact, the applicable legal framework could not allow for any *preventive* obstructionism, *i.e.* withholding information, lest the sanctions provided for by supervisory regulations should inevitably be applied. In matters of banking supervision, taking a view to the potential risk of speculation by any entities required to co-operate with the home supervisor would be pointless. The starting point should be, in fact, an environment governed by duties and powers characterised by clear aims and restrictions imposed on the relevant active and passive entities.

In this view, any reference to conflicting interests within the corporate group concerned or a dreaded prevalence of the parent undertaking's interests over its Italian or foreign subsidiaries' would be out of place. The real question is not one of interests, but of submission to requirements of law — for both the controlling and the controlled organizations — aimed at sound and prudent management which, as illustrated above, is also designed to protect a general interest in a fair operation of allocating mechanisms. Any *qualitative* information as is to be disclosed to the supervisor may only be found to be price sensitive on very few occasions. And any apparent, temporary infor-

mational asymmetry as may arise on any such occasion would be justified in view of the prominent, all-absorbing need to protect the banking system.

A conclusive, final confirmation of the arguments offered so far comes from the wording of para. 44.*a* of the Banking Act of the Federal Republic of Germany (45), under the heading Cross-border Information and Audits, concerning the acquisition of information and the carrying out of cross-border inspections, which requires that:

''Legislation that restricts the transmission of data does not apply to the transmission of data between a credit institution, a financial enterprise, a financial holding company, an ancillary banking services enterprise or an enterprise not included in the consolidation, and an enterprise domiciled abroad which directly or indirectly holds at least twenty percent of the capital shares or voting rights in the enterprise, is a parent enterprise or can exercise a dominant influence (...), if such transmission of data is necessary to comply with the prudential provisions on the enterprise domiciled abroad, as provided in the Consolidation Directive. The Federal Banking Supervisory Office may prohibit an institution from transmitting data to a non-EEA state'' (46).

This is to say that the issue of the possible overlapping of provisions has been expressly contemplated and resolved in the German legal system, by assigning priority to the need to protect the operational efficiency of the banking supervision mechanism over any prohibitions against data dissemination. A compared reference to the solution adopted in the German jurisdiction is of a paramount interpretative and systematic value, if one bears in mind that the German norm is designed to implement the Community Directives on banking supervision.

The final provision contained in paragraph 44*a*, pursuant to which the German supervisor may prohibit data transmission by a credit institution to a non-EC state, implies that: (i) within the Community, no restrictions are allowed to the banking supervision principle and the related data transmission; and (ii) without the Community, restrictions will only be allowed to the extent

---

(45) This is the *Kreditwegengesetz* (''KWG''), which came into force — for the part of concern here — on 1 January 1998.

(46) Translation into English by Deutsche Bundesbank.

the German supervisor, in exercising its power by law, finds it appropriate to introduce any such restriction in one or more states on reasonable grounds.

7. If we now move away from simulation and examine the same issue with a view to the Polish jurisdiction, the result does not change.

Once the problem of the unqualified reference to the Italian law as the parent company's applicable law in the Polish law system and the resulting unified solution is overcome (see Section 4 hereinabove), I have no doubts as to the fact that the same reasons as have been offered to support the priority of consolidated supervision needs over the corporate governance provisions in the Italian jurisdiction equally apply to the Polish jurisdiction.

More specifically, it should be stressed that banking secrecy, except for exceptional cases due to the different contents of the underlying information, is not even considered. Professional secrecy is fully protected by the Italian laws applicable to the Bank of Italy and, in our jurisdiction, any information disclosed for banking supervision purposes is included in a closed loop under control. Disclosure of information to the Italian Central Bank is crucial to the exercise of supervision on a consolidated basis, in accordance with the need to comply with the home country control principle as conceived by the international banking system (of which Poland is a member as well), which forms the basis of the Community provisions (which Poland is approximating).

Obviously, a confirmation — whether by a circular letter or otherwise — from the Polish Central Bank, on the one hand, and by the Sec on the other hand, would conclusively remove any suspect as to possible conflicts.

VI.

In view of the foregoing considerations and reasons, I can answer the questions posed to me as follows:

1) It is my view that a Polish subsidiary Bank is under an obligation to provide its Italian parent bank with any necessary

information for the exercise of consolidated supervision within the scope of the ''first level of information'' flows discussed above, only provided that it shall ensure that banking secrecy is not breached in disclosing qualitative information.

2) The Central Bank of Poland shall co-operate with the Bank of Italy with respect to full implementation of the second level of supervision and take all necessary steps to permit the Polish Bank to provide its Italian parent bank with any necessary information for purposes of supervision on a consolidated basis.

3) I do not believe that any corporate governance provisions under the Polish law may interfere with, or hinder, the transmission of any data relevant to the exercise of consolidated supervision from Polish Bank, a company listed in the Warsaw Stock Exchange, to its Italian parent bank. All restrictions with respect thereto are excluded, *in re ipsa*, for purposes of ''second-level supervision'' as this expression has been interpreted in the present work.

VII.

NON RICONOSCIMENTO DELLO STATO E IMPUTAZIONE DI RESPONSABILITÀ INTERNAZIONALE AD ALTRO SOGGETTO

DI

AUGUSTO SINAGRA

Professore ordinario nell'Università degli Studi di Roma « La Sapienza »

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Il Trattato anglo-greco-turco di garanzia per Cipro del 1960. L'Accordo di Vienna del 2 agosto 1975 sullo spostamento volontario delle popolazioni a Cipro. — 3. Una singolare distorsione dei fatti. — 4. La dubitabile legittimazione attiva della « Repubblica — (greco-cipriota) — di Cipro » nei giudizi dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo. La « Repubblica di Cipro » come « Stato nuovo ». — 5. L'ipotesi della « successione » della attuale « Repubblica di Cipro » nei trattati precedentemente conclusi dalla originaria e preesistente Repubblica unitaria di Cipro del 1960. — 6. La insussistenza di legittimazione passiva della Turchia nel giudizio dinanzi alla Corte europea di Strasburgo conclusosi con la sentenza 21 marzo-10 maggio 2001. I pretesi effetti conseguenti al mancato « riconoscimento » della Repubblica Turca di Cipro del Nord da parte della Comunità internazionale degli Stati. — 7. (*Segue*): la insussistenza di legittimazione passiva della Turchia e la pretesa « imperialistica » di competenza territoriale della Corte europea di Strasburgo. — 8. Il controllo del territorio. Lo Stato turco-cipriota come « administration locale subordonnée ». Critica. Ancora sul « riconoscimento » dello Stato. — 9. (*Segue*): il controllo del territorio e il problema della presenza di forze militari straniere. — 10. La inconsistente ipotesi di una responsabilità « concorrente » o « indiretta » della Turchia. Conclusioni.

1. Con sentenza del 21 marzo 2001, pubblicata il successivo 10 maggio, la Corte europea per i diritti dell'uomo, in composizione allargata, si è pronunciata nuovamente sulla situazione della Repubblica Turca di Cipro del Nord che nel testo della decisione viene indicata tra virgolette.

La sentenza nasce da un ricorso introdotto contro la Turchia dalla Repubblica greco-cipriota installata nel Sud dell'Isola ed avente ad oggetto una serie di pretese violazioni della Convenzione di Roma del 1950 — e quasi nella sua interezza — sulla salvaguardia dei diritti e delle libertà fondamentali della persona; pretese violazioni che lo Stato ricorrente imputa alla Turchia non riconoscendo l'esistenza statualistica della Repubblica turco-cipriota, da tempo installata nella zona Nord dell'Isola.

Già in precedenza, come viene ricordato in sentenza, gli organi del Consiglio d'Europa (Commissione e Comitato dei Ministri) si erano pronunciati su analoghi ricorsi introdotti da parte

greco-cipriota ed aventi analogo contenuto. Questa del 21 marzo-10 maggio 2001 è la prima sentenza resa dalla Corte di Strasburgo in un giudizio interstatuale promosso dallo Stato greco-cipriota contro lo Stato turco.

In precedenza la Corte europea dei diritti dell'uomo si era già pronunciata sulla situazione esistente a Cipro, con particolare riguardo alla Repubblica Turca di Cipro del Nord, ma ciò aveva fatto decidendo su un ricorso introdotto da un privato cittadino greco-cipriota. Con detta sentenza del 18 dicembre 1996 (resa nel noto caso *Loizidou*) (1), la Corte di Strasburgo si era pronunciata sulla questione pregiudiziale della legittimazione passiva nel giudizio della Repubblica di Turchia disconoscendo fin da allora la esistenza statualistica, nella sua autonomia e indipendenza, della Repubblica Turca di Cipro del Nord. Con la sentenza ora in esame la Corte di Strasburgo ripropone, sul punto, le medesime argomentazioni che, sul piano di una corretta valutazione giuridico-internazionalistica, confermano nella convinzione che la decisione resa ancora una volta sul medesimo oggetto abbia preso le mosse anche da considerazioni che dovrebbero rimanere estranee allo svolgimento argomentativo e motivazionale di una decisione giurisdizionale (2).

L'esame di tale aspetto pregiudiziale appare essenziale poiché da esso discende la stessa competenza della Corte a pronun-

---

(1) Si veda il testo della sentenza in *Rivista di diritto internazionale*, vol. LXXXI, 1998, pp. 1131-1147. In senso critico, specie per quel che concerne il preteso *controllo globale* del territorio turco-cipriota da parte della Turchia, cfr. COHEN-JONATHAN, *L'affaire Loizidou devant la Cour européenne des droits de l'homme*, in *Revue générale de droit international public*, 1998, p. 140 ss.

(2) Tale ultima sentenza del 21 marzo-10 maggio 2001 è indicativa di una singolare involuzione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo la quale, ribadendo le conclusioni sul punto cui era già pervenuta con la sentenza del 18 dicembre 1996, non evidenzia alcuna posizione dissidente di singoli giudici se non in senso *aggravativo* rispetto alle decisioni adottate (con esclusione, ovviamente, del giudice turco FUAD); con la sentenza del 18 dicembre 1996 si erano quanto meno avute le opinioni dissidenti di numerosi ed autorevoli giudici, che allora componevano il collegio giudicante, in senso contestativo o almeno dubitativo delle decisioni adottate. Tali opinioni dissidenti riproponevano sostanzialmente le questioni essenziali ora sollevate con questo nostro studio. Le opinioni dissidenti rispetto alla decisione del 18 dicembre 1996 della Corte di Strasburgo dei giudici BERNHARDT, LOPES ROCHA, BAKA, JAMBREK, PETTITI e GOLCÜKLÜ, si vedano in *La questione cipriota - La storia e il diritto*, a cura di A. SINAGRA e C. ZANGHÌ, Giuffrè, Milano, 1999, p. 99 ss.

ciarsi. Né sarebbe possibile, e ancor meno sarebbe utile, soffermarsi a valutare le conclusioni cui la Corte è pervenuta con riguardo ad ogni singola pretesa violazione della Convenzione, come denunciate in ricorso dallo Stato greco-cipriota.

2. Quel che colpisce è che la Corte di Strasburgo non fa alcun riferimento al trattato di garanzia tripartito anglo-greco-turco di Zurigo dell'agosto 1960, che faceva obbligo agli Stati firmatari di intervenire — anche militarmente — a Cipro a difesa del mantenimento dell'ordine costituzionale nell'Isola, così come esso fu stabilito con gli accordi tripartiti di costituzione dello Stato unitario indipendente di Cipro. Neanche di essi vi è menzione nel testo della decisione della Corte. Dunque, senza considerare tali accordi, e comunque senza fare ad essi riferimento, la Corte di Strasburgo valuta l'intervento militare turco a Cipro del 20 luglio 1974 come illegittimo e causativo di una pretesa situazione di indebita « occupazione » militare turca nella zona Nord dell'Isola.

Né la Corte ha ritenuto di esprimere una sua valutazione circa le ragioni giustificative o meno di quell'intervento militare turco che, come ormai è storicamente accertato (3), pose termine ad una situazione sull'Isola che definire di disordine costituzionale sarebbe eufemistico. L'intervento militare turco, che fu non tanto l'esercizio di un diritto quanto piuttosto l'adempimento di un'obbligazione, pose termine ad una serie ininterrotta di violazioni massicce dell'ordine costituzionale e di vessazioni in danno della comunità turco-cipriota, iniziate già nel 1963, e represse un tentativo di *colpo di Stato* a Cipro finalizzato all'« Enosis » dell'Isola alla Grecia e promosso dalla cosiddetta « Giunta dei Colonnelli » di Atene (4).

Tale omissione è vistosa nelle motivazioni della decisione della Corte. Né questa, che evidenzia particolare attenzione nella citazione di atti, risoluzioni e documenti internazionali contrari

---

(3) Per una puntuale ricostruzione della vicenda cipriota dal 1960 al 1974, si veda M. STEPHEN, *La questione cipriota*, in *La questione cipriota - La storia e il diritto*, cit., p. 1 ss.

(4) Si veda, sul punto, anche ai fini di una veritiera ricostruzione della coplessiva tragedia turco-cipriota, H.S. GIBBONS, *The Genocide Files*, Charles Bravos Publishers, London, 1997.

alla Turchia (e anche alla verità storica), mostra di ricordare che il 24 luglio 1974 l'Assemblea Parlamentare di quello stesso Consiglio d'Europa nel cui contesto si situa la Corte di Strasburgo, ebbe, con apposita *Risoluzione*, a qualificare come « legittimo », l'intervento militare turco del 20 luglio 1974 (5).

Prima ancora di svolgere qualche considerazione sulla questione pregiudiziale, prima accennata, della legittimazione passiva in giudizio della Repubblica di Turchia, che costituisce l'aspetto essenziale della decisione in esame e delle presenti osservazioni, va segnalata una ulteriore e rilevante omissione che si evidenzia nella decisione in esame.

In tale decisione è assente ogni riferimento all'Accordo di Vienna del 2 agosto 1975, pubblicato dal Segretariato Generale delle Nazioni Unite, concluso tra il *leader* della Comunità greco-cipriota e il *leader* della Comunità turco-cipriota, Makarios e Denktas (attualmente i Presidenti delle rispettive, distinte ed autonome realtà statuali presenti sull'isola sono Clerides e Denktas). Con tale accordo si disponevano e si concordavano le modalità del *volontario* spostamento delle popolazioni: i greco-ciprioti al Sud e i turco-ciprioti al Nord; ciò allo scopo di raggruppare e tenere distinte e separate le due Comunità etniche per eliminare nella maggiore misura possibile ulteriori tensioni e contrasti tra tali due Comunità presenti sull'Isola (6).

L'Accordo di Vienna del 2 agosto 1975 rilevava e rileva per due autonomi ordini di considerazioni che, a nostro avviso, la Corte avrebbe dovuto tenere presenti: da un canto, per valutare la infondatezza della più gran parte delle pretese violazioni della Convenzione denunciate dallo Stato greco-cipriota e ciò con specifico riferimento, in particolare, alla pretesa illegittimità delle limitazioni di movimento dei greco-ciprioti verso il Nord dell'Isola, e con riguardo alle pretese limitazioni o impedimenti per i greco-ciprioti di disporre delle loro proprietà nel Nord dell'Isola che essi avevano abbandonato in volontaria esecuzione del detto Accordo di Vienna del 2 agosto 1975; e, d'altro canto, per valutare come già a quella data veniva internazionalmente rico-

---

(5) *Risoluzione* n. 578 del 24 luglio 1974.

(6) Sugli Accordi di Vienna del 2 agosto 1975, si veda, tra gli altri, NEKATIGIL, *The Cyprus Question and the Turkish Position in International Law*, Oxford, 1996, p. 39 ss., e, per uno specifico commento, p. 267 ss.

nosciuta una univoca rappresentatività politica al *leader* turco-cipriota, oltre che una indubbia definizione di autonomia politica alla Comunità turco-cipriota tale da renderla capace di concludere un accordo internazionale riconosciuto dalle Nazioni Unite e *pubblicato* dal Segretariato Generale di queste. Né può porsi in dubbio il fatto che tale aspetto rileva in modo precipuo in ordine alla positiva valutazione della statualità e della distinta e autonoma soggettività giuridica internazionale della Repubblica Turca di Cipro del Nord, come oggi esistente, e formalizzatasi, anche all'esito di una libera consultazione popolare, il 15 novembre 1983 (7).

L'omessa considerazione dell'Accordo di Vienna del 2 agosto 1975 oggettivamente elimina in larga misura ogni possibile ostacolo « giuridico » allo svolgimento delle discutibili argomentazioni poste a sostegno della formulazione delle conclusioni contenute nella sentenza.

3. Nella disamina della questione pregiudiziale della legittimazione passiva della Repubblica di Turchia nel giudizio conclusosi con la decisione ora in esame, si dovrà prescindere da taluni aspetti particolari della complessiva vicenda fattuale sulla quale si è pronunciata la Corte di Strasburgo, sia perché irrilevanti sul piano giuridico e sia perché la loro valutazione sarebbe stata consentita solo sulla base di un corretto accertamento della legittimazione passiva nel giudizio della Repubblica di Turchia; sia, infine, perché espressione di una ricostruzione della vicenda storica infondata in fatto e di una non condivisibile valutazione dei relativi elementi di prova.

4. Due sono le questioni fondamentali e rilevanti per il diritto internazionale che vengono coinvolte con la decisione ora in esame. Di una si è detto, ed è quella relativa alla legittimazione passiva nel giudizio che è questione strettamente connessa a quella della esistenza statualistica della Repubblica Turca di Ci-

(7) In proposito, si vedano le pertinenti considerazioni di ZANGHÌ, *Il diritto all'autodeterminazione dei popoli ed il rispetto dell'integrità territoriale degli Stati*, in *La questione cipriota - La storia e il diritto*, a cura di A. SINAGRA e C. ZANGHÌ, cit., p. 149 ss., e bibliografia ivi citata in argomento.

pro del Nord come autonomo, distinto e legittimo soggetto di diritto internazionale (8). Si può dire che si tratti, per quel che ora interessa, di due aspetti del medesimo problema e di tale questione si dirà più avanti.

L'altra questione fondamentale che, per alcuni aspetti, è speculare rispetto alla prima, è quella relativa alla discutibile legittimazione attiva nel giudizio della cosiddetta « Repubblica di Cipro », cioè in realtà della Repubblica greco-cipriota (del Sud).

Anche tale questione fu opportunamente sollevata in giudizio, in via preliminare, assieme ad altre, dal governo turco.

Esigenze di più coerente e logico svolgimento delle considerazioni che seguono consigliano di trattare preliminarmente tale seconda questione.

Molto semplicemente, il problema consiste nel verificare se la attuale « Repubblica di Cipro » (*id est* la Repubblica greco-cipriota) possa essere considerata non tanto e non solo come rappresentativa della intera realtà territoriale dell'Isola e della sua intera popolazione, quanto soprattutto e specificamente se possa essere considerata *continuatrice* sul piano giuridico della unitaria Repubblica di Cipro nata dagli accordi tripartiti del 1960 che posero termine alla dominazione coloniale britannica.

In altri termini, la attuale « Repubblica di Cipro » è uno *Stato* nuovo rispetto alla Repubblica cipriota del 1960 o, diversamente, ne è la *continuazione* politica e giuridica? Sembra evidente che la risposta non può che essere nel senso che si è in presenza di uno *Stato nuovo*, essendosi verificata una frattura radicale e definitiva nella continuità storica, politica e giuridica della originaria Repubblica di Cipro del 1960. È cambiata se non la forma di governo, certamente la capacità rappresentativa di questa; è mutata la sua consistenza territoriale; è mutata la sua popolazione (ora solamente greco-cipriota); è mutata la sua struttura e la composizione dei suoi organi costituzionali, ed è mutata la sua stessa Costituzione che, votata e voluta dalla sola Comunità greco-cipriota, non è più quella del 1960 dello Stato unitario e non riguarda — e non può riguardare — la Comunità turco-cipriota.

---

(8) Cfr. utilmente, sul complesso problema cipriota, CABIAJA, *Costituzione internazionalmente ottriata e indipendenza - Cipro*, Bologna, 1992, e bibliografia citata.

Sostenere il contrario significherebbe dire, ad esempio, che la Repubblica Federale Tedesca, al tempo della sua coesistenza con la distinta e autonoma Repubblica Democratica Tedesca, e fino al 1989, era la continuatrice sul piano storico, politico e giuridico del terzo *Reich* germanico! Nel caso della attuale « Repubblica di Cipro » vi è in più, come si è detto, rispetto al caso della cessata Repubblica Democratica Tedesca, il fatto che è radicalmente mutata nelle sue componenti la sua stessa popolazione che ora, si ripete, è esclusivamente greco-cipriota.

La conseguenza di questa constatazione che pone all'evidenza come la attuale « Repubblica di Cipro » sia uno Stato nuovo rispetto alla realtà politica di origine, fa venir meno ogni base di legittimità di partecipazione della attuale « Repubblica di Cipro » alla Convenzione di Roma del 1950 ed al suo sistema « giurisdizionale » di garanzia, oltre che di appartenenza allo stesso Consiglio d'Europa come Stato membro di questo, nel caso in cui la si volesse ritenere *continuatrice* della originaria Repubblica unitaria di Cipro del 1960.

È appena il caso di ricordare che la appartenenza di Cipro al Consiglio d'Europa è l'effetto della dichiarazione di adesione di Cipro del 24 maggio 1961, entrata in vigore nello stesso giorno. La adesione di Cipro alla Convenzione di Roma del 1950, ed al relativo *sistema* di garanzie, porta le seguenti date: 16 dicembre 1961 la firma; 6 ottobre 1962 la ratifica e nello stesso giorno la sua entrata in vigore.

Si è, dunque, ad un momento sicuramente anteriore alla nascita della attuale « Repubblica di Cipro », in quanto *Stato nuovo*, databile ad un momento di certo molto successivo alle date ora ricordate riguardanti decisioni, volontà e obbligazioni unicamente riferibili alla originaria ed unitaria Repubblica di Cipro nata con gli accordi del 1960.

Trovandoci in presenza di uno *Stato nuovo*, tali decisioni e manifestazioni di volontà in nessun modo possono essere riferite, vincolandola internazionalmente e vincolando gli Stati terzi contraenti, alla attuale « Repubblica di Cipro ». La conseguenza ineludibile, ed unica, è che tale nuova realtà statuale greco-cipriota illegittimamente tiene posto di Stato membro del Consiglio d'Europa e del pari illegittimamente viene considerato Stato *parte* alla Convenzione di Roma del 1950. Né l'obiezione, che è un rilievo obiettivo, può essere superata per la circostanza che la

attuale « Repubblica di Cipro » ha firmato (l'11 maggio 1994) e ratificato (il 28 giugno 1995) il *Protocollo* n. 11 — entrato in vigore per la attuale « Repubblica di Cipro » il 1° novembre 1998 — di radicale modifica del *sistema* di garanzia « giurisdizionale » della Convenzione di Roma del 1950 (9). A parte il rilievo che permarrebbe comunque la illegittimità della « Repubblica di Cipro » come Stato membro del Consiglio d'Europa, è appena il caso di osservare che la sottoscrizione e la ratifica del richiamato *Protocollo* n. 11 presuppone, come l'evidenza e la logica indicano, la preesistente ratifica della Convenzione di Roma del 1950 rispetto alla quale la « Repubblica di Cipro » non può essere ritenuta Stato *parte* per il solo fatto di avere sottoscritto e ratificato un atto, pur rilevante, successivo e distinto di modifica dell'originario testo della Convenzione e di diversi precedenti *Protocolli* modificativi e integrativi del testo originario della Convenzione.

Da tali premesse non può che discendere la mancanza di legittimazione attiva al giudizio da parte della « Repubblica di Cipro ». Mancanza di legittimazione attiva che la Corte di Strasburgo non ha adeguatamente motivato. Né tale obiezione preliminare, che travolgerebbe l'intero giudizio e porrebbe nel vuoto giuridico la decisione di cui ora si discute, può essere superata sulla base della argomentazione secondo la quale la Comunità internazionale (ad esclusione della Turchia) non « riconosce » la Repubblica Turca di Cipro del Nord, rispetto alla proclamazione della quale avvenuta, come si è ricordato, nel 1983, sia il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite (con *Risoluzioni* n. 541 del 1983 e 550 del 1984) (10) sia il Comitato dei Ministri del Consi-

---

(9) Cfr., al riguardo, SINAGRA, *Problemi e prospettive del doppio grado di giudizio nel Protocollo n. 11 alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Divenire sociale e adeguamento del diritto* (*Studi in onore* di Francesco CAPOTORTI), vol. I - *Diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 437 e ss., e bibliografia ivi citata.

(10) In toni meno ultimativi si esprimono le successive *Risoluzioni* del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, n. 1092 del 1996; 1117 e 1146 del 1997 e 1179 del 1998. Il Consiglio di Sicurezza, tuttavia, muove sempre dall'idea che a Cipro debba (ri)costituirsi una sola entità statuale, nonostante una ormai radicata e irreversibile separazione delle due Comunità presenti sull'Isola, che dura ormai da 27 anni. Il Consiglio di Sicurezza, peraltro, non spiega quali siano le ragioni (politiche) e le necessità di tale auspicato risultato.

glio d'Europa (con *Risoluzione* del 24 novembre 1983) reagirono negativamente *condannando* (ciò che implica un giudizio politico e non giuridico) l'evento.

Argomentare nel senso criticato significa porre in essere un grave equivoco giuridico. Il problema della legittimazione attiva della attuale « Repubblica di Cipro » può avere riguardo solo al problema di cui prima si è detto, consistente nel valutare se essa debba essere considerata *continuatrice* della originaria e unitaria Repubblica di Cipro del 1960, ovvero debba essere considerata, come noi riteniamo, uno Stato *nuovo*. Problema del tutto differente e del tutto inconferente rispetto al presente aspetto ora trattato della questione complessiva, è quello degli effetti del « riconoscimento » dello *Stato nuovo* (in questo caso della Repubblica Turca di Cipro del Nord) e del quale si farà cenno più avanti. Come anche problema del tutto differente è quello della esistenza o meno sull'Isola di Cipro di un'autonoma e distinta realtà statuale rispetto a quella greco-cipriota.

L'affermazione della Corte di Strasburgo secondo la quale la « Repubblica di Cipro » resta l'unico governo legittimo di Cipro, ragione per la quale il suo *locus standi* processuale di governo di una *Alta Parte* contraente della Convenzione non si presta ad alcun dubbio, è affermazione priva di una adeguata e necessaria motivazione.

5. Le conclusioni conseguenti a quanto prima esposto potrebbero essere contraddette osservando che la attuale « Repubblica di Cipro » è Stato *successore* nei trattati conclusi dallo Stato preesistente (la unitaria Repubblica di Cipro costituita nel 1960) e dalla dissoluzione del quale essa è nata. È ben vero che non esistendo alcun diritto dello Stato nuovo a succedere nei trattati conclusi dallo Stato preesistente (11), la volontà di succedere deve essere formalmente manifestata e deve trovare formale accoglimento da parte degli Stati terzi contraenti (e il tutto regolato secondo le rispettive previsioni costituzionali degli Stati interes-

(11) Si veda, sulla successione fra Stato e Stato, QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Liguori, Napoli, 1968, p. 502 ss. Sulla successione degli Stati nei trattati, si vedano QUADRI, *Diritto internazionale*, cit., p. 139 ss., e bibliografia ivi citata; GIULIANO, SCOVAZZI, TREVES, *Diritto internazionale*, Vol. I, Giuffrè, Milano, 1983, p. 495 ss., e bibliografia ivi citata.

sati, in materia di conclusione di trattati internazionali), ma potrebbe pur ritenersi che l'effetto *successorio* possa realizzarsi — ove ciò fosse consentito dalle rispettive e pertinenti disposizioni costituzionali in materia di conclusione di accordi internazionali — attraverso *fatti concludenti* alla cui base vi sia una volontà implicita e univoca da parte dello *Stato nuovo* e da parte degli Stati preesistenti o da parte delle organizzazioni internazionali contraenti il trattato. E tale potrebbe essere il caso della attuale « Repubblica di Cipro » in relazione all'accordo internazionale istitutivo del Consiglio d'Europa e in relazione alla Convenzione di Roma del 1950. Ma, per tale ipotesi, è evidente che l'effetto *successorio*, a tutto ammettere, si sarebbe determinato solo con riguardo alla nuova realtà statuale greco-cipriota, non potendo esso coinvolgere l'altra e diversa realtà statuale turco-cipriota presente sull'Isola e alla quale difficilmente potrebbe essere motivatamente opposto un rifiuto alla eventuale domanda intesa a succedere anch'essa nei trattati internazionali conclusi dal preesistente Stato cipriota unitario. Ciò perché, si ripete, in nessun modo può trovare adeguata motivazione giuridica la affermazione secondo la quale l'*unico* governo legittimo di Cipro (rappresentativo dell'intera realtà territoriale e della intera popolazione dell'Isola) sarebbe il governo della attuale « Repubblica di Cipro ». Né mai, d'altra parte, è stata offerta — e neppure come tentativo — una adeguata motivazione giuridicamente apprezzabile per il diritto internazionale, alla affermazione che ancora si contesta. D'altra parte, non sembra che la attuale Costituzione greco-cipriota e le Costituzioni degli Stati terzi contraenti i trattati precedentemente conclusi dalla cessata Repubblica unitaria di Cipro del 1960, consentano la successione degli Stati nei trattati, che è come dire la conclusione di accordi internazionali, per *fatti concludenti*.

La circostanza che, si ribadisce ancora, la attuale « Repubblica di Cipro » costituisca uno *Stato nuovo* nel senso prima proposto, trova ulteriore conferma nella considerazione che è stata presa in esame (e, dunque, è stata ritenuta ammissibile) la domanda del governo greco-cipriota di adesione alla Unione Europea: se la attuale « Repubblica di Cipro », viceversa, fosse stata effettivamente ritenuta continuatrice dell'originario e unitario Stato cipriota creato con gli accordi del 1960 la sua vita costituzionale e le sue relazioni internazionali dovrebbero ancora essere

disciplinate dalla originaria Costituzione del 1960 che degli accordi internazionali conclusi in quell'anno costituiva e costituisce parte integrante. Se così fosse e così, dunque, dovesse ritenersi la perdurante vigenza della Costituzione cipriota del 1960, la domanda di adesione all'Unione Europea non avrebbe potuto trovare ammissibilità per l'esplicito impedimento contenuto nell'art. 111 di quel testo costituzionale che precludeva alla unitaria Repubblica di Cipro l'ingresso in organizzazioni internazionali, anche di natura e finalità economiche, delle quali già non fossero Stati membri sia la Grecia che la Turchia e quest'ultima, come è noto, non è Stato membro della Comunità e della Unione Europea. La conseguenza, allora, non può che essere nel senso che in tanto gli organi comunitari hanno ritenuto ammissibile la domanda di adesione greco-cipriota, in quanto proveniente da una autorità statuale nuova e diversa rispetto a quella creata nel 1960 e disciplinata da una nuova e differente Costituzione che quella domanda e l'eventuale suo risultato consente (12).

6. Venendo adesso alla seconda questione essenziale sollevata con la decisione ora in commento e cioè quella della legittimazione passiva nel giudizio della Repubblica di Turchia, occorre svolgere le osservazioni seguenti in rapporto a quanto affermato nella decisione della Corte di Strasburgo la quale sostanzialmente riproduce le argomentazioni e le conclusioni cui era pervenuta con la precedente sentenza del 18 dicembre 1996 resa, come si è ricordato, per l'effetto del ricorso introdotto dalla cittadina greco-cipriota Loizidou (13).

Il problema consiste, quanto a tale secondo aspetto essenziale, nel verificare se gli atti e i fatti posti in essere nella Repub-

---

(12) Si veda, in proposito, SINAGRA, *La solicitud de la Republica grieco-chipriota de adhesion a la Comunidad Europea: problemas juridicos, comunitarios y internaciolanes*, in *Revista del Foro*, Lima, 1989, p. 429 ss. Si vedano, altresì, di recente, le acute riflessioni al riguardo di BARGIACCHI, *La richiesta di ammissione nella Unione Europea avanzata dal governo greco-cipriota: aspetti giuridici e politici*, in *La questione cipriota - La storia e il diritto*, cit., p. 191 ss., e bibliografia ivi citata.

(13) Cfr., a proposito della sentenza resa nel caso « Loizidou », SINAGRA, *Parametri di valutazione della sovranità e della indipendenza dello Stato: il caso della Repubblica Turca di Cipro del Nord*, in *La questione cipriota - La storia e il diritto*, cit., p. 83 ss.

blica Turca di Cipro del Nord — da pubbliche autorità o da privati cittadini ma con la tolleranza di quelle autorità, siano imputabili alla responsabilità della detta Repubblica Turca di Cipro del Nord in quanto autonoma e distinta entità statuale rispetto alla Turchia e dunque in quanto autonomo e distinto soggetto di diritto internazionale, ovvero vadano imputati alla responsabilità della Turchia in quanto autorità statale esercitante effettivi poteri di governo in quel territorio e negandosi, in tal modo e anche per tale aspetto, ogni esistenza statualistica autonoma e ogni soggettività internazionale alla Repubblica Turca di Cipro del Nord.

Occorre precisare in via preliminare la natura e gli effetti dell'atto di *riconoscimento* dello Stato *nuovo* da parte degli Stati preesistenti, nella misura (14) in cui da tale riconoscimento volesse farsi derivare la esistenza (e la legittimità) del nuovo soggetto di diritto internazionale.

È ben vero che la Corte di Strasburgo nega la *statualità* e dunque la soggettività internazionale della Repubblica turco-cipriota sulla base, essenzialmente, di diversa argomentazione (a proposito della quale si dirà più avanti) consistente nel preteso rilievo che in quel territorio, come si è detto, gli effettivi poteri di governo sarebbero esercitati dalla Turchia, e con ciò negandosi prima ancora della soggettività giuridica internazionale della Repubblica turco-cipriota, la sua stessa *statualità* sotto il profilo di una asserita carenza o assenza di effettivi poteri autonomi di governo del territorio e della popolazione (15).

È altrettanto vero, però, che i giudici di Strasburgo non trascurano di ribadire a più riprese che la nascita della Repubblica turco-cipriota fu *condannata* come evento illegittimo dalla Comunità internazionale degli Stati che, conseguentemente, non la *riconoscono* (16). Dunque, secondo il metodo argomentativo della Corte di Strasburgo, la pretesa inesistenza giuridica dello Stato turco-cipriota conseguente al mancato *riconoscimento* da par-

---

(14) Sul riconoscimento degli Stati, cfr., per tutti, VILLANI, *Riconoscimento (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, vol. LX, p. 633 ss., e la bibliografia ivi citata.

(15) Cfr., al riguardo, SINAGRA, *Parametri di valutazione della sovranità*, cit., p. 83, e bibliografia citata.

(16) Si veda, in proposito, tra gli altri, OSMAN ERTEKUN, *La legittimità della Repubblica Turca di Cipro del Nord*, in *La questione cipriota - La storia e il diritto*, cit., p. 117 ss.

te degli Stati preesistenti, ancor più confermerebbe la conclusione di fondata riferibilità, in punto di responsabilità sulla base di quanto dispone la Convenzione di Roma del 1950, alle autorità turche degli atti e dei fatti verificatisi nella zona settentrionale dell'Isola di Cipro: a chiunque appare chiaro, viceversa, che si tratta di due aspetti o di due problemi non necessariamente connessi.

Anche se l'argomento non appare rilevante, o comunque decisivo, nella *economia* della decisione della Corte di Strasburgo, occorre tuttavia chiarire ancora una volta che l'atto di *riconoscimento* è atto che, come ora riconosce la generalità della dottrina internazionalistica, ha natura ed effetti unicamente politici nel senso che con esso gli Stati preesistenti manifestano la loro volontà politica di intrattenere normali relazioni internazionali con lo *Stato nuovo* la cui esistenza come autonomo soggetto di diritto internazionale non è certamente la conseguenza di un preteso effetto *dichiarativo* o *costitutivo* del nuovo soggetto di diritto internazionale proveniente dall'atto di *riconoscimento*, che non ha alcun rilievo giuridico nell'ordinamento internazionale e che non ha alcuna incidenza sulla piena e legittima esistenza dello Stato nuovo (diversamente da come riteneva una vecchia e datata dottrina internazionalistica) (17).

È ormai pacifico che la legittima esistenza dello *Stato nuovo* va accertata rapportando e *parametrando* il modo di essere della entità politica considerata a quanto richiede la pertinente norma di diritto internazionale generale in ordine ai requisiti necessari ad integrare la soggettività giuridica internazionale sotto lo specifico aspetto della effettiva e piena capacità politica di agire nella Comunità internazionale della nuova entità della quale si discute. I requisiti, com'è noto, sono tre e tradizionalmente indicati nella concorrente presenza di precisi elementi: territorio, popolo e governo. In altri termini, una comunità umana politicamente organizzata che riesca ad esprimere in un definito ambito spaziale una effettiva ed esclusiva capacità di governo autonoma e indipendente e, si potrebbe aggiungere, secondo un nuovo ed

---

(17) Della necessità di un riconoscimento politico, tratta ARSHI KHAN, *La realtà esistente a Cipro necessita di un riconoscimento*, in *La questione cipriota - La storia e il diritto*, cit., p. 125 ss., con riguardo alla Repubblica Turca di Cipro del Nord.

emergente orientamento della coscienza giuridica collettiva della Comunità internazionale degli Stati, anche *democratica*.

Tutto ciò è indiscutibilmente presente nella realtà politica creatasi nella parte settentrionale dell'Isola di Cipro: vi è un territorio, vi è un popolo e vi è un governo democratico che esercita stabilmente e da lungo tempo, in via esclusiva ed autonoma la sua piena e legittima capacità di imperio; con la conseguenza che il mancato *riconoscimento* degli Stati preesistenti o le posizioni assunte dalle Nazioni Unite o dal Consiglio d'Europa o da altre organizzazioni internazionali, a nulla rilevano per quanto ora interessa (18).

7. Resta, nella essenzialità, il problema consistente nel verificare se in quel territorio sia, viceversa, nella realtà, lo Stato turco ad esercitare effettivi poteri di governo.

Con riguardo a tale secondo aspetto essenziale e pregiudiziale, la Corte di Strasburgo ripropone le medesime argomentazioni esposte nella sentenza del 1996 resa nel caso « Loizidou ».

In particolare, la Corte ha ribadito che la nozione di *giurisdizione* ai sensi dell'art. 1 della Convenzione, non può essere limitata al solo territorio nazionale dello Stato *parte* alla Convenzione di Roma del 1950. Non si può non convenire su tale rilievo dato che la responsabilità dello Stato può essere coinvolta, in base alla Convenzione, anche per tutti quei fatti e atti verificatisi in luogo diverso dal proprio territorio metropolitano, ma sul quale comunque lo Stato eserciti effettivamente, anche se provvisoriamente, la propria *giurisdizione* intesa come esercizio esclusivo di poteri di governo nella loro illimitata e incondizionata pienezza (19).

La Corte di Strasburgo, tuttavia, introduce una nuova argo-

---

(18) Cfr., sul punto, SINAGRA, *Parametri di valutazione della sovranità*, cit., p. 88 ss.; con riguardo alle origini nella *Respublica christiana* della idea del riconoscimento (costitutivo o dichiarativo, ma sempre con natura e finalità politiche), p. 90 ss.; con specifica attenzione alla Repubblica Turca di Cipro del Nord, p. 92 ss., e bibliografica ivi citata.

(19) Specificamente, sul punto, si veda ancora SINAGRA, *Parametri di valutazione della sovranità*, cit., pp. 85-87. Sul problema in generale, cfr. DIPLA, *La responsabilité de l'Etat pour violation de droits de l'homme. Problèmes d'imputation*, Paris, 1994.

mentazione secondo la quale vorrebbe, *a contrario*, ricavare un ulteriore elemento di conferma alla ritenuta tesi della imputabilità alla Turchia degli atti e dei fatti verificatisi nella zona settentrionale dell'lsola di Cipro e giudicati violativi dei diritti e delle libertà fondamentali garantiti dalla Convenzione di Roma del 1950.

Attraverso un singolare svolgimento argomentativo la Corte di Strasburgo, disconoscendo la realtà e la autonomia statuale turco-cipriota e ritenendo che, diversamente, in quell'ambito territoriale non potrebbe trovare effettività di svolgimento la *garanzia giurisdizionale* di protezione dei diritti e delle libertà fondamentali garantiti dalla Convenzione di Roma del 1950, ribadisce la sua conclusione circa la imputabilità alla responsabilità della Turchia di quegli atti e fatti ritenuti violativi della Convenzione verificatisi sul territorio turco-cipriota.

La conclusione poggia su due presupposti parimenti infondati: uno è costituito dalla negazione della statualità della autonomia e indipendenza turco-cipriota, e del quale già si è detto e ancora si dirà in prosieguo; l'altro consiste nel rilievo assolutamente illogico che, in forma esplicita, intenderebbe esprimere un concetto così riassumibile: se fosse ritenuta la contestata autonomia e indipendenza politica statualistica turco-cipriota, e non essendo lo Stato turco-cipriota parte alla Convenzione di Roma del 1950, ne verrebbe che negli ambiti spaziali e territoriali del contestato Stato turco-cipriota non potrebbe trovare svolgimento e realizzazione la garanzia *giurisdizionale* prevista dalla Convenzione del 1950, di tutela dei diritti e libertà fondamentali convenzionalmente garantiti.

L'assunto si risolve, come appare evidente, in una pretesa in un certo senso *imperialistica* non soltanto di competenza *ratione loci* della Corte di Strasburgo, ma in una pretesa anche di imposizione comunque dell'obbligo per lo Stato, per ogni Stato, di adeguarsi alle prescrizioni della Convenzione del 1950.

A nostro avviso, il formarsi di una nuova realtà statuale nell'ambito spaziale di originaria competenza territoriale della Convenzione di Roma del 1950, senza che la nuova realtà statuale divenga *parte* alla detta Convenzione, significa semplicemente che in quello spazio ora riferito a diversa e nuova realtà statuale, la Convenzione non può trovare applicazione. La constatazione è molto semplice e il rilievo non può giustificare preoccupazioni e

allarmismi del tutto infondati e solamente indicativi di un contestabile assunto di competenza territoriale da parte della Corte di Strasburgo, come prima si è detto; ancor meno può giustificare una inammissibile pretesa di imporre sempre e comunque una imperativa *filosofia* dei diritti ritenuti fondamentali dell'uomo che, in tal modo, si presentano più come espressione dogmatica di una ideologia, piuttosto che come disciplina normativa di una regola giuridica; e ciò per evitare quel che la Corte di Strasburgo definisce « une lacune regrettable dans le système de protection des droits de l'homme dans cette région ».

Per quanto prima detto, non può convenirsi sul rilievo secondo cui, in base a quanto enunciato in sentenza sul punto, « toute autre conclusion entraînerait une grave lacune dans le système de protection des droits de l'homme et, de surcroît, priveront le système de la Convention de toute efficacité dans cette région ». Si tratta, come appare chiaro, non di una motivazione bensì di una rinnovata e ancora indimostrata affermazione che per la sua formulazione esplicita non tradisce ma semplicemente evidenzia una pretesa chiaramente ispirata da elementi per così dire *globalizzanti* l'intera problematica dei rapporti tra gli Stati e i « diritti dell'uomo » non più intesi come *categoria* giuridica, bensì come *categoria* ideologica che dovunque e senza limiti spaziali deve trovare coerente soddisfazione, e che agli Stati direttamente si vorrebbe imporre in modo indistinto e senza alcuna *modulazione* rispettosa delle diverse realtà culturali, di costume e religiose, e soprattutto senza alcuna considerazione in ordine alla esistenza o meno della fonte normativa internazionale giustificatrice.

Orbene, tornando alla seconda questione essenziale e preliminare della legittima imputabilità o meno alla Turchia degli atti o fatti verificatisi nella Repubblica Turca di Cipro del Nord (la cui esistenza statualistica, autonoma e indipendente, priverebbe di fondamento, tra l'altro, il rilievo — ritenuto nella decisione come violativo della Convenzione del 1950 — della limitazione alla libertà di circolazione dei greco-ciprioti dal Sud verso il Nord, e viceversa per i turco ciprioti, per la sola constatazione della esistenza di una frontiera politica statale — che non può essere superata per la mera volontà di chi voglia farlo, ma che richiede il consenso dello Stato che accoglie — e per la considerazione dei citati accordi di Vienna del 2 agosto 1975 che la Corte

di Strasburgo ha omesso di prendere in esame), vanno svolte, pur sinteticamente, le osservazioni che seguono.

8. La sentenza giunge alle sue conclusioni sulla base di due convergenti argomenti: il controllo del territorio di parte della Turchia e dunque la *giurisdizione* di questa esercitata direttamente « ou par le biais d'une administration locale subordonnée » e la assenza di *statualità* e dunque di soggettività giuridica internazionale per quel che riguarda la Repubblica Turca di Cipro del Nord. Quest'ultima, pertanto, non esisterebbe come Stato ma rappresenterebbe semplicemente una « administration locale subordonnée » o — ancor meno — un governo *fantoccio* creato dalla Turchia (20).

Le due argomentazioni sono apparentemente convergenti e appaiono solo formalmente distinte. Esse, viceversa, rappresentano — come si è detto — due aspetti della medesima situazione e appaiono ambedue prive di fondamento poiché muovono da presupposti a nostro giudizio errati.

L'effettività del *controllo* del territorio non può semplicisticamente ricavarsi dal dato meramente fattuale della presenza sullo stesso di un contingente militare. Il criterio appare ancor più inconsistente ove si consideri che la verifica della effettività del controllo viene assunta quale presupposto e riscontro della sussistenza ed esercizio della piena *giurisdizione* territoriale.

Per altro verso, non può affermarsi aprioristicamente l'esistenza di un differente soggetto internazionale cui riferire la titolarità del controllo e la effettività dell'esercizio della *giurisdizione* territoriale, per il solo fatto che sul territorio sono presenti sue forze militari, peraltro con legittime funzioni internazionali di garanzia. Occorre, infatti, a nostro avviso, una necessaria e preventiva verifica del titolo di legittimità o meno di quella presenza, oltre che dei suoi compiti e dei suoi limiti di azione (21).

---

(20) Si veda, a proposito dell'idea di « administration locale subordonnée », la sentenza della Corte di Strasburgo del 18 dicembre 1996, resa nel caso « Loizidou », e cfr., al riguardo, SINAGRA, *Parametri di valutazione della sovranità*, cit., pp. 92-93 e 94-97, cui si rinvia anche per i necessari riferimenti bibliografici.

(21) I giudici BERNHARDT e LOPES ROCHA nelle loro opinioni dissidenti rispetto alla precedente sentenza della Corte di Strasburgo del 18 dicembre 1996 (si vedano in *La questione cipriota - La storia e il diritto*, cit., pp. 99-101), ebbero a se-

In linea generale, si ripete, con affermazione di principio ancor più sorprendente, non si può pretendere di *parametrare* la sussistenza della soggettività giuridica internazionale e dunque la *statualità* o meno di una determinata entità politica o — più genericamente — sociale, alla circostanza di fatto (espressiva di valutazioni solamente e contingentemente politiche) che essa non sia *riconosciuta* o *accettata* come tale dalla generalità degli Stati (la « Comunità internazionale ») e non sia trattata come tale dalle diverse organizzazioni internazionali esistenti.

In luogo di accertare autonomamente, e caso per caso, se un determinato fenomeno sociale sia stabilmente e politicamente organizzato e dunque in grado di esprimere, attraverso l'esplicazione di un suo proprio ordinamento giuridico, una sua effettiva capacità di governo in un definito ambito spaziale, per derivare da ciò — e da ciò solo —, la verifica di un reale *controllo* del territorio attraverso l'esercizio della sua *giurisdizione* in tutte le forme e modi in cui questa si manifesta e si realizza, si pretende di accertare positivamente o di negare la *statualità* di una determinata entità politica (nelle connotazioni tipiche della sovranità e della indipendenza), sulla base di valutazioni e circostanze del tutto inconferenti ed estranee al problema, quali la presenza di forze militari straniere, ancorché amiche, e il fatto che l'entità politica considerata non sia *accettata* come *Stato* dalla generalità degli altri Stati.

In modo ancora più sorprendente si ripropongono in sostanza le obsolete teorie del *riconoscimento* dello Stato (con effetti *costitutivi* o solamente *dichiarativi* della *soggettività*) da parte degli altri Stati, per far derivare dal *riconoscimento* la soggettività giuridica internazionale.

Deve ribadirsi, a tale proposito, che con questo criterio argomentativo sembra volersi ignorare (e ciò desta qualche preoccupazione se si considera la delicatezza della materia che coinvolge direttamente gli interessi e le responsabilità degli Stati) che l'esistenza della *statualità* nelle sue essenziali connotazioni della

---

gnalare con molta chiarezza che « The presence of Turkish troops and the Turkey's support of the TRNC are important factors in the existing situations; but I feel unable to base a judgement of the European Court of Human Rights exclusively on the assumption that the turkish presence is illegal and that Turkey is therefore responsable for more or less everything that happens in northern Cyprus ».

indipendenza e della sovranità, va accertata non all'esito di un giudizio soggettivo di natura *relazionale* ricavabile dall'atteggiamento degli altri Stati, bensì in rapporto all'ordinamento giuridico internazionale. Occorre, in altri termini, come si è già detto, operare una verifica di corrispondenza di quella determinata entità reale con la norma di diritto internazionale generale indicativa, appunto, dei contenuti della *statualità* e dunque della soggettività giuridica internazionale.

Il *riconoscimento* dello Stato da parte degli altri Stati è atto esclusivamente politico e produttivo di effetti unicamente politici.

Si è, dunque, omessa in realtà ogni verifica della soggettività giuridica internazionale della Repubblica Turca di Cipro del Nord ritenendo di escluderla solo per l'atteggiamento tenuto al riguardo dagli Stati terzi. In realtà, non se ne può intrinsecamente escludere ogni sua effettiva sovranità e indipendenza senza alcuna verifica al riguardo e ravvisando il « controllo del territorio » e dunque l'effettività della *giurisdizione* solo in capo alla Turchia, con le conseguenti responsabilità internazionali, per la sola circostanza della presenza di forze militari turche sulla parte settentrionale dell'Isola. I criteri seguiti, e ora denunciati, appaiono come si è già osservato, assolutamente non condivisibili (22).

Nella parte settentrionale di Cipro dove si è costituita la Repubblica Turca di Cipro del Nord, « sono in vigore non le leggi turche ma quelle della Repubblica turco-cipriota; la Costituzione della Repubblica, effettivamente applicata nella zona sotto il controllo turco-cipriota, fa riferimento ad organi legislativi, amministrativi e giudiziari che funzionano. La dipendenza di carattere economico della Repubblica dalla Turchia deve essere considerata anche in relazione al mancato riconoscimento dello Stato turco-cipriota da parte della Comunità internazionale. La circostanza che alcune funzioni amministrative siano svolte dalla Turchia, e che quest'ultimo Stato si occupi del servizio postale e delle telecomunicazioni, potrebbe non essere sufficiente ad escludere l'indipendenza della Repubblica turco-cipriota,

(22) Specificamente, sul punto, si rinvia ancora a SINAGRA, *Parametri di valutazione della sovranità*, cit., p. 87 ss.

perché tali interferenze avvengono in conformità con le leggi dello Stato » (23).

9. Emerge ancor più, dunque, la instabilità dei criteri seguiti dalla sentenza in una così delicata materia che avrebbe richiesto ben maggiori approfondimenti in ordine all'accertamento della sovranità e della indipendenza dello Stato turco-cipriota per riferire o meno ad esso la eventuale e conseguente responsabilità sul piano internazionale degli atti e dei fatti verificatisi sul territorio (24). La Corte europea molto semplicemente ha riferito tale responsabilità alla Turchia sulla base dell'assunto, tanto generico quanto immotivato, di un preteso *controllo globale* del territorio da parte delle autorità turche.

La sentenza, basando le sue conclusioni su dati meramente fattuali, giuridicamente inconferenti e comunque non verificati, ha viceversa omesso di considerare diverse e più approfondite conclusioni cui era giunta, in altri casi, la stessa Commissione europea dei diritti dell'uomo, oltre che istanze giurisdizionali nazionali di indubbia autorità che in precedenza, seppur incidentalmente, si erano occupate del problema della effettività e autonomia dei poteri territoriali di governo della Repubblica Turca di Cipro del Nord (25).

---

(23) Così si esprime VITUCCI M.C., *Atti della Repubblica Turca di Cipro del Nord e responsabilità della Turchia: il caso Loizidou*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1998, vol. LXXXI, pp. 1069-1070. Ai rilievi così operati può anche aggiungersi che il servizio postale e delle telecomunicazioni non sono, da un lato, coessenziali alla *statualità* sotto l'aspetto della sovranità e della indipendenza e, d'altro lato, l'espletamento di detti servizi da parte della Turchia nell'interesse dello Stato turco-cipriota, è reso necessario dall'embargo e dall'isolamento cui è costretta la Repubblica Turca di Cipro del Nord ad opera del governo greco e greco-cipriota. Citato da Vitucci, si veda anche RUMPF, *Die Staats und Völkerrechtliche Lage Zyperns*, in *Europäische Grundrecht Zeitschrift*, 1977, p. 533 ss.

(24) Sul problema generale, cfr., tra gli altri, CONDORELLI, *L'imputation à l'Etat d'un fait internationalment illicite: solutions classiques et nuvelles tendences*, in *Recueil des Cours*, La Haye, 1984, vol. VI, e bibliografia citata.

(25) Si vedano i *Rapporti* e le *Decisioni* della Commissione europea dei diritti dell'uomo con riguardo ai precedenti contenziosi tra Cipro e la Turchia: *Rapporti* della Commissione europea dei diritti dell'uomo del 26 maggio 1975 (ricorsi n. 6780/74 e n. 6959/75) e del 10 luglio 1978 (ricorso n. 8007/77), rispettivamente in *Decisions et Rapports de la Commission*, vol. 2, p. 125 ss. p. 136 ss,. e in *Decisions et Rapports de la Commission*, vol. 13, p. 85 ss., p. 148 ss.

In sostanza, si è ritenuto di considerare, in assenza di ogni pur necessario accertamento in punto di fatto, la Repubblica turco-cipriota come *organo* o *amministrazione locale* dipendente dalla autorità dello Stato turco. E ciò, si ripete, sulla base del solo elemento, che in alcun modo viene giuridicamente valutato, della presenza di forze militari turche sul territorio turco-cipriota. Come si è detto, confermandosi la instabilità dei criteri valutativi adottati, non si è posto il problema neppure della preventiva verifica del *titolo* della presenza di tali forze militari e di conseguenza non si è minimamente considerata la profonda differenza esistente — a tacer d'ogni altro rilievo — tra una situazione di occupazione bellica (dalla quale più fondatamente si sarebbero potute far derivare le conclusioni ora criticate) ed una situazione di presenza militare di garanzia e di protezione, peraltro prevista da accordi internazionali conclusi tra la Turchia, la Grecia e il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord) e voluta nella sua permanenza dalla libera decisione della autorità dello Stato sul territorio del quale la forza militare straniera svolge i suoi compiti di garanzia e di protezione. Tale è il caso della presenza militare turca sul territorio della Repubblica Turca di Cipro del Nord che, come pure è noto, non dispone di forze militari sufficienti per la protezione delle proprie frontiere terrestri, marittime e aeree.

Si veda anche la *Decisione* della Commissione del 4 marzo 1991, resa nei ricorsi individuali riuniti contro la Turchia di Chrysostomos, Papachrisostomou e Loizidou (n. 15299/89; 15300/89; 15318/89), in *Decisions et Rapports de la Commission*, vol. 68, p. 216 ss., e p. 244 ss. La Commissione ebbe quanto meno a distinguere, ai fini dell'attribuzione della relativa responsabilità, tra atti e azioni delle autorità militari turche e atti e azioni delle autorità civili e militari turco-cipriote, non mancando di rilevare che venivano in applicazione solamente le leggi turco-cipriote.

È rilevante, in argomento, a conferma del punto di vista esposto, la decisione della Corte di Appello di Londra resa nella controversia tra *Polly Peck International Plc.* e *Asil Nadir e altri*, in *All. England Reports*, 1992, vol. 2, pag. 238 ss. Si veda anche la sentenza resa dalla Corte di Appello di Londra nella causa tra *Hesperides Hotels Ltd.* contro *Aegean Turkish Holidays Ltd.*, a proposito di proprietà immobiliari (alberghi) a Varosha presso Gazi Magusa (Famagosta): « There is an effective administration in North Cyprus which has made laws governing day-to-day lives of the people » (in *The Weekly Law Reports*, 1977, 3, p. 856 ss.). Al riguardo si veda la nota di NEDJATI, *Acts of unrecognized Governments*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1981, 1, p. 387 ss.

Come si è già sottolineato in precedenza, non può derivarsi la pretesa assenza di sovranità e indipendenza della Repubblica turco-cipriota dalla immotivata presunzione di *controllo globale* del territorio da parte dello Stato turco al quale, poi, attribuire la generale e generica responsabilità internazionale degli atti e dei fatti posti in essere dagli agenti e dagli organi statali turco-ciprioti, o comunque verificatisi in quel territorio.

La non condivisibilità dei metodi argomentativi evidenziati ancor più si apprezza in rapporto al ben maggiore impegno nell'indagine e nella argomentazione che ha guidato i giudici del Tribunale internazionale competente a giudicare i responsabili dei crimini commessi nella c.d. ex Jugoslavia (segnatamente in Croazia e in Bosnia Erzegovina), dove — pur facendo ricorso al criterio del *controllo del territorio* e del *controllo* degli agenti e degli organi croato-bosniaci e serbo-bosniaci — si è esclusa la riferibilità, sul piano della responsabilità internazionale, allo Stato croato o allo Stato serbo (più esattamente la Repubblica federale serbo-montenegrina) degli atti e dei fatti posti in essere dalle milizie croato-bosniache e serbo-bosniache. Non sono stati ritenuti sufficienti gli elementi di prova necessari ad affermare la *effettività del controllo* e la reale *dipendenza* degli agenti e organi croato-bosniaci e serbo-bosniaci dalle autorità di governo, rispettivamente, della Croazia e della Repubblica federale serbo-montenegrina. Ciò all'esito di una analisi approfondita condotta su di un piano non formalistico e presuntivo, bensì su di un piano sostanziale e di rigoroso accertamento in fatto.

Risultati ancor più insufficienti si potrebbero conseguire facendo ricorso al concetto tanto fumoso quanto equivoco di Stato *dominante* nei rapporti tra la Turchia e la Repubblica turco-cipriota (26). Tale rapporto farebbe venir meno ogni contenuto di sovranità e di indipendenza dello Stato c.d. *dominato* per l'effetto dell'ingerenza dello Stato c.d. *dominante* al quale ultimo unicamente spetterebbe ogni effettivo potere decisionale.

Non è questo certamente il caso della Repubblica Turca di Cipro del Nord che riesce, nell'effettività, ad esprimere una sua

---

(26) Ancor più problematica apparirebbe, e ancor più priva di riscontri fattuali, la tesi — peraltro inespressa nella giurisprudenza della Commissione e della Corte europea per i diritti dell'uomo — che vorrebbe vedere negli organi dello Stato turco-cipriota una coincidenza sostanziale di organi dello Stato turco.

autonoma e indipendente volontà attraverso l'azione dei suoi organi legislativi, giurisdizionali ed esecutivi. In tale azione non è dato rinvenire in fatto alcun elemento di interferenza da parte della Turchia. Né può integrare il contenuto della interferenza — lo si ribadisce — il dato meramente fattuale della presenza di forze militari, ancorché importanti, che trova il suo titolo di legittimità in accordi internazionali e nella libera volontà del governo turco-cipriota. Quest'ultimo anche in tal modo conferma la sua capacità di esplicare nell'ambito del suo territorio una potestà, appunto, di governo autonoma ed esclusiva.

10. Ove si assuma, come è nella realtà, la sussistenza in fatto della sovranità e dell'indipendenza della Repubblica turco-cipriota e, dunque, la sua soggettività giuridica internazionale, con l'effetto di potersi essa porre come punto di imputazione di responsabilità internazionali per gli atti o i fatti posti in essere dai suoi agenti e dai suoi organi, occorrerebbe una ancor più approfondita verifica della situazione reale sul territorio e dei rapporti tra lo Stato turco-cipriota e lo Stato turco per poter sostenere un'ipotesi di responsabilità concorrente o indiretta della Turchia per gli atti o i fatti posti in essere dagli organi e dagli agenti dello Stato turco-cipriota.

La realtà, al contrario, evidenzia nella Repubblica Turca di Cipro del Nord un rapporto di autonomia rispetto allo Stato turco che non consente neppure di assumere l'ipotesi di una responsabilità di quest'ultimo a titolo di concorso o a titolo *indiretto*. Nello Stato turco-cipriota si applicano da parte degli organi di esecuzione e di giurisdizione solo e soltanto le leggi turco-cipriote liberamente approvate da quel Parlamento e non sembra in alcun modo di rinvenire la benché minima ingerenza turca nella delicata e fondamentale fase di trasformazione della volontà politica turco-cipriota in atti normativi generali e obbligatori.

Che poi il grado di indipendenza o l'estensione e l'effettività della sovranità di uno Stato voglia essere valutata in rapporto a quanto lo Stato — qualsiasi Stato — abbia bisogno del sostegno o del consenso di altri Stati dai quali sia, in ipotesi, politicamente o economicamente condizionato (e ciò ancor più oggi si apprezza nella fase attuale delle relazioni internazionali caratte-

rizzate dal crescente fenomeno della *globalizzazione* e della *interdipendenza economica*, e non è il caso della Repubblica turco-cipriota), è ben altro discorso che non può incidere sui concetti di indipendenza e di sovranità coessenziali alla qualificazione della soggettività giuridica internazionale in rapporto al modo di essere e di volere dell'ordinamento giuridico internazionale, come ancor oggi esso si presenta.

Diversamente, la premessa e la constatazione metagiuridica ora in esame dovrebbe condurre a negare la *statualità*, nei suoi aspetti essenziali della indipendenza e della sovranità, non soltanto della Repubblica Turca di Cipro del Nord, ma di una pluralità indefinita e indefinibile di molti altri Stati (27) non solamente europei e di oltre Atlantico.

Tutte le suesposte considerazioni avrebbero potuto anche non essere condivise dalla Corte strasburghese, ma avrebbero dovuto essere da questa quanto meno valutate. Ciò non è avvenuto e ha prodotto la conseguenza che la decisone in esame della Corte europea dei diritti dell'uomo — ripetitiva di quella prima citata del 18 dicembre 1996, alla quale opera un mero rinvio per quel che concerne le questioni essenziali e preliminari che hanno costituito oggetto di questo nostro studio — conferma la discutibilità dei criteri seguiti dalla Corte sul piano argomentativo.

---

(27) Sulla qualificazione giuridica nel diritto internazionale della Repubblica Turca di Cipro del Nord e sui diversi altri problemi che essa pone, la letteratura è ormai vasta. Oltre agli autori citati in precedenza e in particolare NECATIGIL, *The Cyprus Question*, cit., e CABIAJA, *Costituzione internazionalmente ottriata*, cit., si vedano, tra gli altri, anche SINAGRA, *The Turkish Republic of Northern Cyprus in the International Law: Proposals for a Reasonable Solution to the Crisis*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1990, p. 199 ss. e bibliografia ivi citata; PALMER, *The Turkish Republic of Northern Cyprus: Shoud the United States Recognize it as an Indipendent State?*, in *Boston University International Law Journal*, 1986, p. 423 ss.; DODD, *Politics in the Turkish Republic of Northern Cyprus*, in *The Turkish Yearbook*, 1992, p. 37 ss. Per eventuali, future e diverse soluzioni della questione cipriota, si vedano DODD, *La questione cipriota: confederazione, federazione e sovranità*, e TRAUT, *Il futuro di Cipro da un punto di vista federale*, ambedue in *La questione cipriota - La storia e il diritto*, cit., rispettivamente p. 169 ss. e p. 183 ss., e bibliografia da essi citata.

VIII.

IL NUOVO TESTO DELLE *GUIDELINES* PER LE IMPRESE MULTINAZIONALI ADOTTATO DAGLI STATI MEMBRI DELL'OCSE

DI

PIA ACCONCI

Professore associato nell'Università Bocconi di Milano

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. La nuova *Review* delle *Guidelines* e i negoziati per l'elaborazione del *Multilateral Agreement on Investment*. — 3. La struttura delle *Guidelines* prima della *Review 2000*. — 4. L'obiettivo della promozione di uno sviluppo equilibrato e l'esigenza del controllo dell'attività delle imprese multinazionali al tempo della globalizzazione dei mercati. — 5. Le principali novità del testo delle *Guidelines* approvato al termine della *Review 2000*: *a*) le *Guidelines* quale strumento di promozione dello sviluppo sostenibile e dei diritti dell'uomo. — (*Segue*): *b*) le *Guidelines* quale strumento di cooperazione internazionale diretto al contemperamento dell'interesse privato con quello pubblico. — 7. I meccanismi di *Follow-up* delle *Guidelines* alla luce della Decisione del Consiglio dell'OCSE adottata anch'essa al termine della *Review 2000*. — 8. Conclusioni.

1. Il 27 giugno 2000 gli Stati membri dell'OCSE (1), a conclusione dell'annuale *Ministerial Meeting*, hanno approvato un nuovo testo delle *Guidelines* per le imprese multinazionali. Si è così positivamente conclusa la *Review* (*Review 2000*) di tali *Guidelines* avviata dal *Committee on International Investment and Multinational Enterprises* (CIME) dell'OCSE già nel giugno del 1998 al fine non solo di aggiornarne il testo, ma anche di agevolare la conclusione dei negoziati per l'elaborazione di un accordo multilaterale in materia di investimenti (il c.d. MAI, cioè *Multilateral Agreement on Investment*): negoziati allora ancora in corso fra gli Stati membri dell'OCSE.

Le *Guidelines* — prive di natura vincolante — sono state adottate per la prima volta nel 1976 (2), mentre nel quadro delle

---

(1) Il fine precipuo dell'OCSE — istituita nel 1960 allo scioglimento dell'Organizzazione europea per la cooperazione economica (OECE) — è quello di promuovere la crescita economica e l'occupazione e, quindi, un più elevato *standard* di vita delle popolazioni dei suoi Stati membri, quale contributo positivo alla crescita mondiale. Ai lavori dell'Organizzazione partecipano anche rappresentanti di quattro Stati non membri — Argentina, Brasile, Cile e Slovacchia — in qualità di osservatori. Il Consiglio dell'OCSE è — a norma dell'art. 5 (a) dello Statuto — l'unico organo dell'Organizzazione competente ad adottare decisioni vincolanti. Tali decisioni devono però essere prese all'unanimità.

(2) Le *Guidelines* sono allegate alla *Declaration on International Invest-*

Nazioni Unite, su iniziativa dei Paesi in via di sviluppo, si stavano tenendo consultazioni e negoziati per l'elaborazione di un codice di condotta delle imprese multinazionali ispirato ai principi della giustizia sociale ed eguaglianza sostanziale tra gli Stati (3). Questi principi erano, come è noto, alla base delle istanze dei

---

ment and Multinational Enterprises anch'essa adottata il 21 giugno 1976 dagli Stati membri dell'OCSE. Tanto le *Guidelines*, quanto la Dichiarazione non sono, pertanto, atti dell'Organizzazione. Lo stesso giorno il Consiglio ministeriale dell'OCSE adottò altresì tre Decisioni dedicate rispettivamente una all'istituzione del *Council on Inter-Governmental Consultation Procedures on the Guidelines for Multinational Enterprises*, una al *National Treatment* e una, infine, alla questione degli *International Investment Incentives and Disincentives* (questi cinque strumenti sono riprodotti in *International Legal Materials*, 1976, p. 967 ss.). A differenza delle *Guidelines* e della Dichiarazione, le tre Decisioni sono vincolanti (sul punto cfr. H.W. BAADE, *The Legal Effects of Codes of Conduct for MNEs*, in N. HORN (ed.), *Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises*, Deventer, 1980, p. 3 ss.; I. BROWNLIE, *The Legal Effects of Codes of Conduct for MNEs: Commentary*, in *op. loc. ult. cit.*, p. 39 ss.; T.W. VOGELAAR, *The OECD Guidelines: Their Philosophy, History, Negotiation, Form, Legal Nature, Follow-up Procedures and Review*, in *op. loc. ult. cit.*, p. 127 ss.; P. LÉVY, *The OECD Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*, in S.J. RUBIN, G.C. HUFBAUER (eds.), *Emerging Standards of International Trade and Investment*, Totowa, 1984, pp. 47-50; S.C. VAN EYK, *The OECD Declaration and Decisions Concerning Multinational Enterprises: an Attempt to Tame the Shrew*, Nijmegen, 1995; A. DI BLASE, *La Dichiarazione OCSE sugli investimenti e le imprese multinazionali*, in A. GIARDINA, G. TOSATO, *Diritto del commercio internazionale*, Milano, 1996, pp. 409-410). Tali Decisioni si limitano però a porre obblighi di notifica, informazione, consultazione e cooperazione di natura prettamente procedurale. Questi strumenti sono periodicamente stati rivisti. Nel corso dell'ultima *Review*, conclusasi nel 1991, gli Stati membri hanno approvato un altro Allegato alla Dichiarazione dedicato all'eliminazione dei *Conflicting Requirements* posti dalle proprie legislazioni. Anche il Consiglio ha adottato una Decisione al riguardo. Gli strumenti OCSE in materia di investimenti e attività delle imprese multinazionali oggi sono, quindi, sette. Per approfondimenti: OECD, *The OECD Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises. 1991 Review*, Paris, 1992.

(3) Per comodità si userà anche con riguardo al Progetto di codice di condotta dell'ONU l'espressione impresa multinazionale, benché nel quadro dell'ONU sia utilizzata l'espressione società transnazionale la quale risulta più idonea a porre in risalto la circostanza che raramente un'impresa operante in diversi Stati può veramente essere definita « multinazionale » per il fatto che agisce in modo del tutto indipendente dal suo Stato di origine. Sul punto si veda UN COMMISSION ON TRANSNATIONAL CORPORATIONS, *Transnational Corporations in World Development: a Reexamination. Annex I*, (ST/CTC/46), New York, 1983, p. 159. Cfr. per tutti P.T. MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, 1995, p. 13 ss.

Paesi in via di sviluppo dirette all'instaurazione di un nuovo ordine economico internazionale. A tal fine, l'elaborazione di *standards* di condotta per le imprese multinazionali era ritenuta indispensabile affinché questi Paesi, principali Stati ospiti di investimenti, potessero indirizzare la loro attività verso i rispettivi obiettivi di politica socio-economica e potenziare il proprio ruolo nelle relazioni internazionali.

I negoziati per l'elaborazione del suddetto codice sono ufficialmente terminati nel 1992, pur non essendo giunti a buon fine (4). A seguito dei radicali mutamenti intervenuti di recente, la questione dell'elaborazione di un codice di condotta universalmente applicabile alle imprese multinazionali ha, infatti, cessato di essere ritenuta prioritaria nel quadro delle Nazioni Unite, essendo ormai la logica della libera impresa in un libero mercato generalmente accettata dai Paesi membri dell'Organizzazione quale principio guida delle relazioni economiche internazionali (5).

Anche le *Guidelines* rappresentano, peraltro, un codice di

---

(4) L'unico risultato degli sforzi compiuti nel quadro delle Nazioni Unite è stata l'adozione di un Progetto di codice di condotta per le imprese multinazionali, la cui ultima versione risale al 1990 (cfr. W. SPRÖTE, *Negotiations on a United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations*, in *German Yearbook of International Law*, 1990, p. 331 ss.).

(5) Per la documentazione relativa alle diverse attività poste in essere da alcuni organi delle Nazioni Unite negli anni di vivace dibattito e rigida contrapposizione tra gruppi di Stati membri, si veda K.R. SIMMONDS (ed.), *Legal Problems of Multinational Corporations*, The British Institute of International and Comparative Law, London, 1977. La realizzazione del c.d. *Programme on Transnational Corporations* di competenza del *Centre on Transnational Corporations* delle Nazioni Unite — all'uopo istituito nel 1975 quale organo sussidiario del Consiglio economico e sociale — è stata dal 1992 al 1993 affidata al *Transnational Corporations and Management Division of the United Nations Department of Economic and Social Development*. Nel 1993 tale competenza è stata trasferita all'UNCTAD — l'organo sussidiario dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite competente in materia di commercio e sviluppo istituito nel 1964 su iniziativa dei Paesi in via di sviluppo — e il Programma è oggi denominato *Division on Transnational Corporations and Foreign Investment* (DTCI). Nel quadro della DTCI si svolgono studi e dibattiti diretti soprattutto alla promozione di un ambiente internazionale favorevole alla realizzazione degli investimenti e allo sviluppo dell'attività di impresa. L'obiettivo perseguito è, quindi, ben diverso da quello che portò le Nazioni Unite a occuparsi negli anni '70 del problema della determinazione degli effetti prodotti dall'attività delle imprese multinazionali sullo sviluppo economico di un dato Paese. A quel tempo si voleva soprattutto regolamentare in modo restrittivo tale attività, mentre

condotta per le imprese multinazionali. Esse indicano, infatti, *standards* di comportamento che queste imprese dovrebbero volontariamente osservare nel rispetto delle legislazioni nazionali degli Stati dove esse operano, legislazioni per le quali le *Guidelines* intendono costituire un parametro di riferimento non alternativo, ma complementare (6). Le *Guidelines*, tuttavia, si ispirano a una filosofia diversa (da quella alla base dell'iniziativa intrapresa nel quadro delle Nazioni Unite), volta a conciliare l'attività delle imprese multinazionali con gli obiettivi di politica economica perseguiti dagli Stati, anziché subordinarla al loro raggiungimento. Questa diversa filosofia è, in fin dei conti, la ragion d'essere delle *Guidelines* le quali sono nate come risposta degli Stati di origine delle imprese multinazionali agli atteggiamenti ostili all'attività di tali imprese manifestati dai Paesi in via di sviluppo. A ogni buon conto, oggi esse costituiscono l'unico codice di condotta per tali imprese elaborato a livello interstatale allo scopo di promuovere la reciproca fiducia fra le diverse parti in gioco e, quindi, un clima favorevole alla realizzazione degli investimenti stranieri.

Significativo è il fatto che per assicurare, almeno formalmente, l'effettiva attuazione delle *Guidelines* nel tempo, il loro contenuto è stato aggiornato nel corso di periodiche *Reviews* organizzate a tal fine dal CIME, in cooperazione con il *Business and Industry Advisory Committee* (BIAC) e il *Trade Union Advisory Committee* (TUAC): i due Comitati accreditati presso l'OCSE come *official advisory bodies*, rappresentanti uno le imprese, l'altro i lavoratori.

Prima della *Review 2000* se ne erano avute altre tre, conclusesi rispettivamente una nel 1979, un'altra nel 1984 e un'altra, infine, nel 1991.

---

oggi si tende a valorizzarla quale indispensabile componente del processo di sviluppo. Sul punto si vedano: P.T. MUCHLINSKI, *op. cit.*, p. 592 ss.; T.W. WÄLDE, *A Requiem for the « New International Economic Order » - The Rise and Fall of Paradigms in International Economic Law*, in N. AL-NAUIMI, R. MEESE (eds.), *International Legal Issues Arising under the U.N. Decade of International Law*, The Hague/London/Boston, 1995, p. 1301 ss.

(6) Le *Guidelines* non sono vincolanti a livello né del diritto internazionale, né del diritto interno, non avendole nessun Stato OCSE espressamente incorporate nel proprio ordinamento.

2. Nel 1991, erano già in atto quei mutamenti strutturali che, insieme alla diffusione delle tecnologie informatiche, hanno poi dato vita all'attuale processo di liberalizzazione e integrazione su scala globale delle diverse economie nazionali.

In particolare, le scelte di investimento dei privati già si realizzavano in un clima internazionale tendenzialmente favorevole, avendo numerosi Paesi in via di sviluppo abbandonato la propria tradizionale ostilità verso gli investimenti stranieri e adottato politiche di liberalizzazione volte più a privatizzare, che a nazionalizzare.

È così che, su iniziativa degli Stati Uniti, il *Directorate for Financial, Fiscal, and Enterprise Affairs* (DAFFE) dell'OCSE decideva che i tempi fossero maturi per l'avvio nel quadro dell'Organizzazione di consultazioni e nuovi negoziati diretti all'elaborazione di un accordo multilaterale in materia di investimenti (7): il MAI, il quale avrebbe dovuto ispirarsi ai principi fondamentali degli strumenti OCSE in materia di investimenti. Tali negoziati miravano, da un lato, al consolidamento del regime internazionale in materia di investimenti e, dall'altro, alla sua ulteriore liberalizzazione sulla base di principi idonei a favorire il contemperamento dei contrapposti interessi che Paesi di origine e Paesi ospiti tendono ad avere specialmente in materia di ammissione e trattamento degli investimenti stranieri, calcolo dell'indennizzo per espropriazione e soluzione delle controversie tra Stato ospite e investitore straniero (8).

---

(7) Fallita ogni possibilità di disciplinare la materia degli investimenti insieme a quella degli scambi internazionali — come auspicato nella Carta dell'Avana del 1948 —, nel periodo successivo alla seconda guerra mondiale l'OCSE tentò, ma senza successo, di elaborare un testo di convenzione multilaterale in materia di investimenti. Il solo risultato concreto fu la predisposizione del Progetto di Convenzione in materia di tutela della proprietà straniera del 1967 (riprodotto in *International Legal Materials*, 1968, p. 117 ss.). Sul punto si veda, per tutti, G.A. VAN HECKE, *Le projet de Convention de l'O.C.D.E. sur la protection des biens étrangers*, in *Revue générale de droit international public*, 1964, p. 641 ss.

(8) Cfr., fra gli altri, A.A. FATOUROS, *Towards an International Agreement on Foreign Direct Investment?*, in *ICSID Review*, 1995, p. 181 ss.; W.H. WHITHERELL, *The OECD Multilateral Agreement on Investment*, in *Transnational Corporations*, 1995, n. 2, p. 1 ss.; F. ENGERING, *The Multilateral Investment Agreement*, in *Transnational Corporations*, 1996, n. 3, p. 147 ss.; G. SACERDOTI, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, in *Recueil des Cours*, 1997, 269, p. 292 ss.; J.W. MESSING, *Towards a Multilateral Agreement on Investment*, in

Sul bilanciamento dei diversi interessi in gioco si è, peraltro, particolarmente insistito nel corso dei negoziati giacché gli Stati OCSE auspicavano la successiva adesione al MAI anche di Stati non membri (9).

Questi negoziati non hanno, tuttavia, avuto buon fine e sono stati sospesi *sine die* nell'ottobre 1998, a seguito, ufficialmente, della decisione del governo francese di non parteciparvi più. Il 12 febbraio 1998 il DAFFE era, comunque, riuscito ad approvare un Progetto di accordo (10). Alle vivaci critiche avanzate — soprattutto da alcuni movimenti di opinione canadesi, francesi e statunitensi, nonché da numerosi Paesi in via di sviluppo — contro tale Progetto, in quanto ritenuto eccessivamente favorevole agli interessi degli investitori, si deve il rinnovato interesse degli Stati OCSE per le *Guidelines*. Nel corso dei successivi negoziati tenutisi nel marzo del 1998, alcune delegazioni proposero, infatti, di allegare al MAI il testo delle *Guidelines* — mantenendone la natura non vincolante — quale risposta positiva a tali contestazioni (11). In quel momento la conclusione dell'Accordo pareva, peraltro, ancora possibile. Allorché, pochi mesi dopo, è repentinamente venuto meno il consenso tra gli Stati OCSE sul progetto del MAI, gli Stati hanno ritenuto opportuno procedere a una nuova *Review* delle *Guidelines* (12) anche quale punto di partenza per riavviare in un futuro non lontano i negoziati

---

Transnational Corporations, 1997, n. 1, p. 123 ss.; M. DALY, *Investment Incentives and the Multilateral Agreement on Investment*, in *Journal of World Trade*, 1998, n. 2, p. 5 ss.; SYMPOSIUM, *The MAI*, in *Cornell International Law Journal*, 1998, p. 477 ss.; P.T. MUCHLINSKI, *The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now?*, in *The International Lawyer*, 2000, p. 1033 ss.

(9) Cfr., fra gli altri, OECD, *Towards Multilateral Investment Rules*, Paris, 1996; Y. KODAMA, *The Multilateral Agreement on Investment and Its Legal Implications for Newly Industrialising Economies*, in *Journal of World Trade*, 1998, n. 4, p. 21 ss.; C. VADCAR, *Le projet d'Accord multilatéral sur l'investissement: problématique de l'adhésion des pays du Sud*, in *Journal du droit international*, 1998, p. 9 ss.

(10) DAFFE/MAI/NM(98)2.

(11) Si vedano, per esempio, DAFFE/MAI/IN(98)1 e DAFFE/MAI(98)10.

(12) Pare utile segnalare che già nel 1997 al CIME erano pervenute proposte scritte da Belgio, Gran Bretagna e TUAC affinché esso procedesse a una nuova *Review* delle *Guidelines* (DAFFE/INV/IME(97)14, 15, 16, 19, 20 e 21; e DAFFE/INV/IME/M(97)2). L'avvio della *Review* è stato deciso dal CIME nel giugno del 1998 nel tentativo di « salvare » i negoziati del MAI, il cui fallimento iniziava a profilarsi (DAFFE/IME(98)3). La *Review* è poi stata avviata, ufficialmente, dagli Stati al termine della Conferenza *ad hoc* tenutasi su iniziativa dell'OCSE a Buda-

per la conclusione di un accordo multilaterale globale in materia di investimenti (13).

---

pest dal 16 al 18 novembre 1998. Per una panoramica delle questioni sottoposte dal CIME all'attenzione degli Stati nel corso della Conferenza, cfr. DAFFE/IME(98)14; DAFFE/IME(98)15; DAFFE/IME(98)10/REV1. Per una sintesi dei lavori di tale Conferenza si veda DAFFE/IME(98)18.

(13) Va, al riguardo, considerato che, ad avviso di numerosi Paesi non membri dell'OCSE, l'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) sarebbe oggi l'organizzazione internazionale più appropriata per l'elaborazione di un accordo multilaterale globale in materia di investimenti. Del resto, già nel corso dell'*Uruguay Round* del GATT la materia degli investimenti è — almeno in parte — stata oggetto di negoziati insieme a quella degli scambi internazionali in virtù della crescente complementarietà di fatto esistente tra queste due materie: complementarietà dovuta in larga misura all'attività delle imprese multinazionali operanti come gruppi di società. Oggi, infatti, buona parte degli scambi internazionali si realizza tra società operanti in Stati diversi ma appartenenti allo stesso gruppo e rappresenta, perciò, il frutto delle scelte di investimento della capogruppo. A tale circostanza si deve la conclusione a Marrakesh nel 1994 dell'Accordo *on Trade-Related Investment Measures* (Accordo TRIMs) e di quello *on Trade-Related Aspests of Intellestual Property Rights* (Accordo TRIPs) il quale è uno degli Accordi che costituiscono il c.d. "pacchetto OMC". Tra gli Accordi che compongono tale pacchetto particolarmente rilevante per la materia degli investimenti è altresì il *General Agreement on Trade in Services* (GATS). Sul punto cfr., fra gli altri, P. JUILLARD, *L'évolution des sources du droit des investissements*, in *Recueil des Cours*, 1994, VI, p. 11 ss.; ID., *L'Accord sur les mesures concernant l'investissement et liées au commerce*, in SFDI, *La réorganisation mondiale des échanges. Colloque de Nice*, Paris, 1996, p. 113 ss.; M.A. GEIST, *Toward a General Agreement on the Regulation of Foreign Direct Investment*, in *Law and Policy in International Business*, 1995, p. 673 ss.; T.L. BREWER, *International Investment Dispute Settlement Procedures: the Evolving Regime for Foreign Direct Investment*, in *op. loc. ult. cit.*, p. 633 ss. ad avviso del quale l'elaborazione di un accordo multilaterale in materia di investimenti potrebbe oggi realizzarsi con successo solo nel quadro dell'OMC (p. 659) e un primo passo verso un simile risultato sarebbe la costituzione di un « Working Group on International Direct Investment » — formato da rappresentanti del Fondo monetario internazionale, dell'OCSE, dell'UNCTAD, del Gruppo della Banca mondiale e, infine, dell'OMC — la cui attività dovrebbe almeno inizialmente essere coordinata dall'OCSE in virtù della sua specifica esperienza in materia di investimenti (pp. 665-666). Per una critica a questa proposta: M.R. WILKEY, *Introduction to Dispute Settlement in International Trade and Foreign Direct Investment*, in *op. loc. ult. cit.*, p. 619. Più in generale si vedano: E.M. BURT, *Developing Countries and the Framework for Negotiations on Foreign Direct Investment in the World Trade Organization*, in *American University Journal of International Law and Policy*, 1997, p. 1015 ss.; P. SAUVÉ, *Qs and As on Trade, Investment and the WTO*, in *Journal of World Trade*, 1997, n. 4, p. 55 ss.; T.L. BREWER, S. YOUNG, *Investment Issues at the WTO: the Architecture of Rules and the Settle-*

3. Le scelte di politica economica in materia di investimenti e attività delle imprese multinazionali degli Stati membri dell'OCSE, nonostante la loro tendenziale omogeneità nelle linee di fondo, sono *in concreto* caratterizzate da notevoli divergenze. Prova ne è il fallimento dei negoziati del MAI.

La circostanza che, al tempo dell'adozione delle *Guidelines*, tali divergenze si accompagnassero a un clima internazionale tendenzialmente avverso all'attività delle imprese multinazionali portò gli Stati OCSE a concepire le *Guidelines* come uno strumento di cooperazione volto non a risolvere i loro conflitti di interesse, bensì a valorizzare le loro posizioni comuni e, soprattutto, a dimostrare le loro buone intenzioni in quanto Stati di origine di tali imprese.

---

ment of Disputes, in *Journal of International Economic Law*, 1998, p. 457 ss.; E. SMYTHE, *Your Place or Mine? States, International Organizations and the Negotiation of International Investment Rules*, in *Transnational Corporations*, 1998, n. 3, p. 85 ss.; SFDI, *Un Accord multilatéral sur l'investissement: d'un forum de négociation à l'autre?*, Paris, 1999; A. ESCHER, *Foreign Direct Investment*, in D.D. BRADLOW, A. ESCHER (eds.), *Legal Aspests of Foreign Direct Investment*, The Hague-London-Boston, 1999, p. 69 ss. Si rileva che al termine della prima Conferenza ministeriale dell'OMC, tenutasi a Singapore nel dicembre 1996, gli Stati membri hanno deciso l'istituzione del *WTO Working Group on the Relationship between Trade and Investment* « to examine the relationship between trade and investment » (*Singapore Ministerial Declaration*, par. 20). Il *Working Group* si è, tra l'altro, occupato del problema dell'elaborazione di *standards* di condotta per le imprese multinazionali procedendo a un confronto tra il testo delle *Guidelines* dell'OCSE e quello del Progetto di codice di condotta dell'ONU (WT/WGTI/W/52 del 21 agosto 1998). Il *Working Group* ha, inoltre, affrontato la questione dell'opportunità o meno dell'elaborazione nel quadro dell'OMC di un accordo globale in materia di investimenti (WT/WGTI/2, parr. 147-160; e WT/WGTI/3, parr. 71-85). Merita altresì segnalare che, tra il luglio e l'agosto 1999, nel corso dei lavori preparatori della terza Conferenza ministeriale dell'OMC alcuni Stati membri — Giappone, Svizzera, Corea, Cina, Polonia e Costa Rica — e la Comunità europea avevano proposto, per iscritto, che al termine della Conferenza fossero lanciati negoziati per l'elaborazione di un accordo globale in materia di investimenti (WT/GC/W/239, 245, 263, 267, 268, 277 e 280). L'esito negativo della Conferenza, tenutasi a Seattle nel novembre 1999, ha impedito che tali proposte fossero effettivamente discusse. Peraltro, a tali proposte si opponevano fermamente — oltre agli Stati Uniti — Paesi in via di sviluppo come India, Pakistan ed alcuni Stati membri dell'ASEAN. Al termine della recente quarta Conferenza ministeriale, tenutasi a Doha nel novembre 2001, è stato deciso che negoziati multilaterali in materia di investimenti siano avviati dopo la prossima Conferenza ministeriale (parr. 20-22 della Dichiarazione ministeriale, WT/MIN(01)/DEC/W/1).

Quest'attitudine emerge, anzitutto, dalla soluzione accolta dalle *Guidelines* relativamente al problema della definizione dell'impresa multinazionale. Difatti, solo dopo avere chiarito che « a precise legal definition of multinational enterprises is not required for the purpose of the Guidelines », l'impresa multinazionale è qualificata come gruppo internazionale di società, cioè come un insieme di società dotate di distinta personalità giuridica e riconducibili a Stati differenti, ma tutte sottoposte alla direzione unitaria di un'ulteriore distinta società, la capogruppo. È, pertanto, attribuita rilevanza — sebbene a titolo non tassativo — ai legami di natura finanziaria, personale e contrattuale che possono esistere tra società dotate di distinta personalità giuridica, senza per questo qualificare l'impresa multinazionale come un *unicum* (14). A una siffatta qualificazione si riferiva, invece, *prima facie* il Progetto di codice di condotta per le imprese multinazionali elaborato nel quadro dell'ONU (15).

A tale attitudine si deve altresì l'orientamento seguito dagli Stati OCSE nella formulazione dei diversi *standards* di condotta raccomandati alle imprese multinazionali. Il contenuto di tali *standards* è, infatti, più articolato per i settori, per i quali l'esigenza del controllo pubblico e della pianificazione dell'attività delle imprese multinazionali aveva già portato gli Stati OCSE ad avviare forme di coordinamento delle loro diverse politiche, allo

---

(14) Al punto 8 dell'Introduzione alle *Guidelines* è precisato che « the guidelines are addressed to the various entities within the multinational enterprise (parent companies and/or local entities) according to the actual distribution of responsibilities among them on the understanding that they will co-operate and provide assistance to one another as necessary to facilitate observance of the Guidelines. The word "enterprise" as used in these guidelines refers to these various entities in accordance with their responsibilities ».

(15) Il problema della definizione dell'impresa multinazionale è stato uno di quelli più dibattuti nel corso dei lavori per l'elaborazione del codice di condotta ONU. È così che il Progetto risulta al riguardo un po' contraddittorio. Esso, infatti, pur facendo tendenzialmente riferimento a una concezione unitaria dell'impresa multinazionale fondata sul superamento della distinta personalità giuridica di ogni società parte, prevede — proprio in virtù della suddetta distinta personalità giuridica — una netta distinzione tra le nozioni di « home country » (quello nel quale « the parent entity is located ») e « host country » (quello nel quale « an entity other than the parent entity is located »), allo scopo di rafforzare nella misura più ampia possibile le prerogative sovrane degli Stati ospiti. Sul punto cfr. G. SACERDOTI, *Stati e imprese multinazionali*, in P. PICONE, G. SACERDOTI, *Diritto internazionale dell'economia*[4], Milano, 1994, pp. 710-711.

scopo di ridurre gli effetti pregiudizievoli da essa prodotti alle loro economie.

È così che in modo abbastanza dettagliato sono formulati gli *standards* di condotta volti a rendere il comportamento delle imprese multinazionali più trasparente (16), a ridurre la loro propensione al ricorso a pratiche di elusione fiscale (17) e restrizione della concorrenza (18), nonché a rafforzare la tutela dei loro lavoratori dipendenti (19), mentre in modo più generico sono

---

(16) Rilevante è il fatto che, per rendere più trasparente la condotta delle imprese multinazionali, la *Guideline on Disclosure of Information* preveda, tra l'altro, che tali imprese « should publish within reasonable time limits, on a regular basis, but at least annually, financial statements and other pertinent information relating to the enterprise as a whole ... ».

(17) Nella *Guideline on Taxation* è, in particolare, raccomandato alle imprese multinazionali di astenersi da pratiche di *transfer pricing*.

(18) Alle imprese multinazionali è, anzitutto, raccomandato di astenersi dal ricorso a pratiche di abuso della loro posizione dominante sul mercato, quali « *a*) anti-competitive acquisitions; *b*) predatory behaviour toward competitors; *c*) unreasonable refusal to deal; *d*) anti-competitive abuse of industrial property rights »; nonché « *e*) discriminatory (i.e. unreasonably differentiated) pricing » nei rapporti *intra*-gruppo. È, inoltre, raccomandato loro di non imporre condizioni restrittive agli acquirenti, distributori e licenziatari, di astenersi dalla partecipazione a concentrazioni o altre pratiche restrittive e, infine, di collaborare con le autorità competenti dei Paesi « whose interests are directly affected in regard to competition issues or investigations ». Si rileva che il CIME ha precisato che « the complex legal and economic issues involved in this area, ..., means that the Guidelines alone cannot provide precise rules for business executives to follow. The national law of various countries has given meaning to these concepts through interpretation by the competent tribunals. Also relevant are the 1986 OECD Council Recommendation concerning co-operation between Member countries on restrictive business practices affecting international trade and the United Nations Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices. The UN Rules have a greater degree of specificity in the areas covered and as much can be seen as an illustration of the same principles as those embodies in the Guidelines. The responsibilities for follow-up procedures under the Guidelines and the UN Rules are, however, institutionally separate » (OECD/GD(97)40, p. 27).

(19) Il testo della *Guideline on Employment and Industrial Relations* si ispira agli *standards* di tutela posti da alcune importanti Convenzioni concluse nel quadro dell'Organizzazione internazionale del lavoro (ILO), come la Convenzione n. 87 del 1948 sulla libertà sindacale e la protezione del diritto di associazione, la Convenzione n. 98 del 1949 sull'applicazione dei principi dei diritti di organizzazione e contrattazione collettiva, la Convenzione n. 100 del 1951 sull'uguaglianza di remunerazione tra manodopera maschile e femminile e la Convenzione n. 111

formulati quelli relativi a problemi che tendono soprattutto a porsi nei rapporti tra le imprese multinazionali e gli Stati ospiti dei loro investimenti. È questo il caso degli *standards* diretti a limitare la libertà delle imprese multinazionali di svolgere operazioni finanziarie suscettibili di alterare sostanzialmente la bilancia dei pagamenti degli Stati dove esse operano, come pure la loro libertà di imporre condizioni restrittive ai trasferimenti di tecnologia a favore dei suddetti Stati (20). Piuttosto generico è poi

---

del 1958 sulla discriminazione in materia di occupazione. Nel 1977 l'ILO ha, peraltro, adottato la *Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinationals and Social Policy*, priva di natura vincolante, i cui *standards* di condotta — data la struttura tripartitica dell'Organizzazione — dovrebbero rappresentare una soglia minima per l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri dell'ILO. La Dichiarazione riflette, tuttavia, soprattutto le istanze dei Paesi in via di sviluppo e dei rappresentanti dei lavoratori. Essa avrebbe, del resto, dovuto essere allegata al codice di condotta per le imprese multinazionali dell'ONU (cfr. per tutti H. GÜNTER, *The Tripartite Declaration of Principles (ILO): Standards and Follow-up*, in N. HORN (ed.), *op. cit.*, p. 155 ss.). Merita segnalare che, ad avviso del CIME, « while the Guidelines cover all major aspects of corporate behaviour, the ILO Tripartite Declaration sets out principles only in the fields of employment, training, conditions of work and industrial relations which governments, employers and workers, as well as multinational enterprises, are recommended to observe. Wherever these principles refer to the behaviour expected by multinational enterprises they parallel the OECD Guidelines and do not conflict with them. They can therefore be of use in understanding the Guidelines to the extent that they are of a greater degree of elaboration. However, the responsibilities for the follow-up procedures under the Tripartite Declaration and the Guidelines are institutionally separate » (OECD/GD(97)40, p. 28).

(20) A questo problema è dedicata la *Guideline on Science and Technology* la quale, per quanto articolata in tre punti, non sembra rappresentare un'adeguata risposta alle rivendicazioni vivamente avanzate dai Paesi in via di sviluppo in seno all'ONU, in particolare all'UNCTAD, per l'elaborazione di un codice di condotta *ad hoc* sulle transazioni commerciali aventi per oggetto i trasferimenti di tecnologia da Nord a Sud. Anche questo codice avrebbe dovuto essere uno strumento di regolamentazione dell'attività delle imprese multinazionali idoneo ad assicurare l'instaurazione di un nuovo ordine economico internazionale. I negoziati non sono però, pure in questo caso, giunti a buon fine. Le rivendicazioni dei Paesi in via di sviluppo sui trasferimenti di tecnologia animarono altresì i lavori della Conferenza sul diritto del mare promossa dall'ONU e conclusasi nel 1982 con la stipulazione della Convenzione di *Montego Bay*. Per approfondimenti si vedano, fra gli altri: T. TREVES, *Il codice di condotta sul trasferimento della tecnologia*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1977, p. 705 ss.; ID., *Le transfert de technologie et la Conférence sur le droit de la mer*, in *Journal du droit international*, 1977, p. 43 ss.; G.M. WILNER, *Transfer of Technology: the UNCTAD Code of Conduct*, in N.

il contenuto delle raccomandazioni che mirano a scoraggiare le imprese multinazionali dal porre in essere negli Stati ospiti dei loro investimenti atti di corruzione dei pubblici ufficiali (21) o indebita interferenza negli affari interni (22). Queste raccomandazioni sembrano, dunque, costituire un segnale di apertura, di natura prettamente politica, lanciato ai Paesi in via di sviluppo, più che un effettivo tentativo di indirizzare la condotta delle imprese multinazionali.

Nel corso delle successive *Reviews*, tenutesi tra il 1979 e il 1991, la portata originaria delle *Guidelines* è rimasta pressoché invariata giacché gli Stati OCSE hanno scelto di salvaguardare anzitutto la stabilità del loro testo nel tempo, ritenendo che questo fosse il modo migliore per agevolare il loro rispetto da parte delle imprese. Pertanto, nel corso delle suddette *Reviews* gli Stati OCSE si sono per lo più concentrati sul problema del *follow-up* delle *Guidelines* (23).

A causa della crescente liberalizzazione dei mercati e incessante espansione dell'attività delle imprese multinazionali, questi Stati hanno, comunque, avvertito la necessità di rafforzare la debole portata sociale delle *Guidelines*. A tal fine, già al termine della prima *Review*, nel 1979, essi hanno introdotto il par. 8 della *Guideline on Employment and Industrial Relations* alla luce del quale « in the context of bona fide negotiations with repre-

---

HORN (ed.), *op. cit.*, p. 177 ss.; W. FIKENTSCHER, *The Code of Conduct on the Transfer of Technology: a Comment*, in *op. loc. ult. cit.*, p. 189 ss.; UNCTAD, *Projet de code international de conduite pour le transfert de technologie*, Genève, 1985 (TD/CODETOT/47); A.A. YUSUF, *L'élaboration d'un code international de conduite pour le transfert de technologie: bilan et perspectives*, in *Revue générale de droit international*, 1984, p. 781 ss.; ID., *Le transfert de technologie*, in M. BEDJAOUI (a cura di), *Droit international. Bilan et perspectives*, Paris, 1991, t. 2, p. 739 ss.

(21) La prima *Guideline on General Policies* raccomanda, al punto 8, semplicemente che « enterprises should ... unless legally permissible, not make contributions to candidates for public office or to political parties or other political organisations ».

(22) La prima *Guideline on General Policies* si limita, al punto 9, a raccomandare che « enterprises should ... abstain from any improper involvement in local political activities ». È, comunque, rilevante il fatto che gli Stati OCSE abbiano tenuto in considerazione le « accuse » mosse, in quel momento storico, dall'opinione pubblica e da numerosi Paesi in via di sviluppo ad alcune imprese multinazionali di avere contribuito nei Paesi ospiti nei quali esse prevalentemente operavano al rovesciamento di governi democraticamente eletti.

(23) *Infra*, n. 7.

sentatives of employees on conditions of employment, or while employees are exercising a right to organise » le imprese multinazionali non dovrebbero utilizzare, quale strumento di pressione, il proprio potere di trasferire lavoratori dipendenti tra consociate operanti in Stati diversi. Al termine della *Review* del 1984, gli Stati OCSE hanno, inoltre, inserito nella *Guideline on General Policies* un generico riferimento al problema della protezione degli interessi dei consumatori, mentre al termine della *Review* del 1991 sono riusciti a compiere un passo più importante aggiungendo una nuova *Guideline* dedicata alla tutela dell'ambiente, tutela verso la quale tali Stati vorrebbero si indirizzasse l'attività delle imprese multinazionali (24).

4. Le peculiarità della *Review 2000* rispetto a quelle precedenti derivano tutte dalla consapevolezza degli Stati OCSE della necessità di adattare il testo delle *Guidelines* al nuovo assetto delle relazioni economiche internazionali dominato ormai dalla globalizzazione dei mercati e dalla ricerca di *business standards* idonei a promuovere la c.d. *corporate social responsibility*. Tale necessità è prevalsa su quella della salvaguardia della stabilità del testo delle *Guidelines* cui si erano ispirate le precedenti *Reviews* (25).

---

(24) L'introduzione della *Guideline on Environmental Protection* rappresenta la risposta degli Stati OCSE alla crescente e generale preoccupazione per i danni ambientali prodotti dalle imprese multinazionali espressa in verità più dall'opinione pubblica, che dagli Stati ospiti dei loro investimenti. Sulla base del presupposto che queste imprese dispongono spesso di mezzi e conoscenze — soprattutto di carattere tecnologico — maggiori delle altre imprese, la *Guideline* raccomanda loro di impegnarsi in modo specifico affinché la loro attività risulti, per quanto possibile, non dannosa all'ambiente, per esempio, « *a*) by selecting and adopting those technologies and practices which are compatible with these objectives; *b*) by introducing a system of environmental protection at the level of the enterprise as a whole including, where appropriate, the use of environmental auditing; *c*) by enabling their component entities to be adequately equipped, especially by providing them with adequate knowledge and assistance; *d*) by implementing education and training programmes for their employees; *e*) by preparing contingency plans; and *f*) by supporting, in an appropriate manner, public information and community awareness programmes ».

(25) Già in una nota del 3 novembre 1998 — intitolata « The OECD Guidelines for Multinational Enterprises — Issues in the Review » — il CIME sosteneva che « ... following a successful review, governments and social partners

Essendosi nell'ultimo decennio trasformato lo stesso ruolo degli Stati e delle imprese multinazionali (26), gli Stati OCSE hanno concordato che questo fosse il modo migliore per valorizzare la rilevanza delle *Guidelines* in quanto « the only multilaterally endorsed and comprehensive code that governments are committed to promoting » (27).

Del resto, l'esigenza di indirizzare l'attività delle imprese multinazionali, persino mediante il ricorso a misure unilaterali di

---

should be in a position to affirm important principles and to send a powerful message that the *Guidelines* can remain a relevant and adaptable instrument. The *Guidelines* may also be viewed as a model, subject to modification, that can assist in the search for balance between openess to investment flows and corporate responsibility — an element of the recent debate over globalisation that has also attracted countries' attention » (DAFFE/IME(98)14, p. 4). Nella nota riassuntiva del dibattito avvenuto nel corso della Conferenza di Budapest del 1998 il CIME ribadiva che « the ultimate objective of the review is to establish a common vision of the *Guidelines* as part of a framework for the proper functioning of markets and managing globalisation » (DAFFE/IME(98)18, p. 3). Esso, inoltre, sottolineava che la principale conseguenza dei « globalisation-related changes is that the OECD Guidelines will have to demonstrate their value-added to other available codes, and to show how they can contribute to the broader international framework for FDI » (*ibidem*, p. 4).

(26) La tradizionale distinzione tra Stati di origine e Stati ospiti tende, invero, a essere meno significativa che in passato, giacché l'espansione dell'attività economica di un'impresa multinazionale in Stati diversi da quello di origine tende oggi a realizzarsi secondo strategie globali nell'ambito delle quali gli interessi del suddetto Stato possono non essere considerati come prevalenti, avendo soprattutto importanza le decisioni volte ad assicurare la presenza dell'impresa nel maggiore numero possibile di mercati. Peraltro, alcuni Paesi in via di sviluppo, essenzialmente quelli emergenti dell'Asia e dell'America Latina, sono diventati essi stessi Stati di origine di imprese multinazionali per le quali gli Stati industrializzati — data la considerevole liberalizzazione commerciale-finanziaria in essi vigente — rappresentano redditizi mercati di sbocco. Sul punto: UNCTAD, *World Investment Report 2000*, New York, Geneva, 2000, pp. 16, 121. Per una ricostruzione storico-evolutiva delle origini e delle caratteristiche dell'attuale clima in materia di investimenti, si vedano, tra gli altri: P. SAUVÉ, D. SCHWANEN, *Investment Rules for the Global Economy - Enhancing Access to Markets*, Toronto, 1996; G. SACERDOTI, *Bilateral Treaties and Multilateral Instruments on Investment Protection*, cit., p. 255 ss.; T.L. BREWER, S. YOUNG, *The Multilateral Investment System and Multinational Enterprises*, Oxford, 1998; K.J. VANDEVELDE, *Sustainable Liberalism and the International Investment Regime*, in *Michigan Journal of International Law*, 1998, p. 373 ss.

(27) Cfr. il Rapporto finale sulla *Review* inviato, il 27 giugno 2000, dal Segretario generale al Consiglio dell'OCSE (C(2000)96/REV1, p. 2).

stampo protezionistico, — al fine di ricondurre tale attività agli obiettivi di politica economica perseguiti e attenuare i suoi effetti pregiudizievoli — sembra, nel periodo più recente, essere particolarmente avvertita dagli Stati industrializzati. Ciò anche perché, con la globalizzazione dei mercati, si intensificano di nuovo, come negli anni '70, le pressioni esercitate dall'opinione pubblica sulle scelte di politica economica compiute, a tal fine, dai suddetti Stati. Al riguardo, merita segnalare che l'attività delle imprese multinazionali suscita oggi un vivo interesse da parte dell'opinione pubblica, ma pure di un certa dottrina, non tanto per gli effetti lesivi della sovranità degli Stati ospiti da questa eventualmente prodotti, quanto per i bassi *standards* di tutela dell'ambiente (28) e dei diritti fondamentali dell'uomo (29) che a essa possono collegarsi.

---

(28) Alcune catastrofi ambientali scaturite dall'attività di imprese multinazionali operanti come gruppo internazionale di società hanno, negli ultimi decenni, posto al centro dell'attenzione dell'opinione pubblica e della dottrina il problema della responsabilizzazione — in virtù del principio « the polluter pays » — tanto della società capogruppo, quanto del suo Stato nazionale, per i danni ambientali prodotti da sue consociate formalmente indipendenti, poiché dotate di distinta personalità giuridica. Questo problema nasce dall'« impunità » pressoché assoluta della quale, in linea di principio, la capogruppo gode per il fatto che essa opera in Stati diversi (da quello di origine) tramite distinte società. Per risolvere tale problema alcuni Stati, soprattutto quelli più sviluppati, hanno adottato provvedimenti volti a riferire alla suddetta società la responsabilità civile per danni ambientali prodotti da una consociata straniera. Nel diritto internazionale la responsabilità da controllo dello Stato nazionale della capogruppo, in aggiunta alla responsabilità internazionale dello Stato territoriale, è contemplata da alcuni atti privi di natura vincolante — come la Dichiarazione di Stoccolma del 1972 e quella di Rio del 1992 —, mentre ancora eccezionale è il riferimento a siffatta responsabilità nei trattati internazionali (cfr. UN DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL DEVELOPMENT. TRANSNATIONAL CORPORATIONS AND MANAGEMENT DIVISION, *International Environmental Law. Emerging Trends and Implications for Transnational Corporations*, Environment Series No. 3, ST/CTC/137, New York, 1993). Sul punto, per la dottrina si vedano, tra gli altri: G. HANDL, *State Liability for Accidental Transnational Environmental Damage by Private Persons*, in *The American Journal of International Law*, 1980, p. 525 ss.; G. HANDL, R.E. LUTZ (eds.), *Transferring Hazardous Technologies and Substances*, London/Dordrecht/Boston, 1989; F. FRANCIONI, *Il controllo internazionale dell'impresa multinazionale: un'alternativa ai codici di condotta*, in AA.VV., *Democrazia e diritto dei popoli. Scritti in onore di Lelio Basso*, Milano, 1979, p. 1054 ss.; ID., *Exporting Environmental Hazard through Multinational Enterprises: Can the State of Origin Be Held Responsible?*, in F. FRANCIONI, T. SCOVAZZI (eds.), *International Responsibility for Environmental Harm*, Lon-

L'obiettivo sancito dalla Carta dell'ONU della promozione, tramite la cooperazione internazionale, di uno sviluppo equili-

---

don/Dordrecht/Boston, 1991, p. 275 ss.; T. SCOVAZZI, *Industrial Accidents and the Veil of Transnational Corporations*, in *op. loc. ult. cit.*, p. 395 ss.; H. SMETS, *Le principe pollueur payeur, un principe économique erige en principe de droit de l'environnement?*, in *Revue générale de droit international public*, 1993, p. 339 ss.; S. MURASE, *Perspectives from International Economic Law on Transnational Environmental Issues*, in *Recueil des Cours*, 1995, 253, p. 285 ss.; C. ZILIOLI, *Il risarcimento del danno derivante da incidenti industriali transnazionali*, Milano, 1995; P. MANZINI, *I costi ambientali nel diritto internazionale*, Milano, 1996; D. HUNTER, S. PORTER, *International Environmental Law and Foreign Direct Investment*, in D.D. BRADLOW, A. ESCHER (eds.), *op. cit.*, p. 161 ss., in particolare p. 172 ss.

La *Guideline on Environmental Protection* introdotta nel 1991 è senz'altro inidonea a risolvere questi problemi giacché essa si ispira al principio di prevenzione, ma non a quello « the polluter pays ». Parimenti, essa risulta inadeguata a risolvere altre questioni come, per esempio, l'impiego e la commercializzazione da parte delle imprese multinazionali agroalimentari di prodotti c.d. transgenici.

(29) L'attività di sfruttamento dei giacimenti petroliferi situati nella regione dell'Oganiland, in Nigeria, posta in essere dalla *Shell* è, per esempio, stata unanimemente criticata dall'opinione pubblica specialmente dopo che il 10 novembre 1995 lo scrittore Ken Saro-Wiwa e alcuni altri dissidenti politici locali — i quali avevano più volte pubblicamente denunciato le conseguenze dannose all'ambiente causate da tale attività — sono stati processati, condannati a morte e, quindi, giustiziati dalle autorità nigeriane (*Keesing's*, 1995, p. 40806; *Keesing's*, 1997, p. 41577). Successivamente, l'attività delle imprese multinazionali operanti in Nigeria ha continuato a dare vita a cruenti scontri armati tra esercito e membri delle minoranze etniche che vivono nelle regioni petrolifere oggetto di sfruttamento. Della situazione nella regione nigeriana si è, peraltro, occupato il Segretario generale dell'ONU, il quale ha potuto svolgere *in loco* un'inchiesta. Si veda *The Report of the UN Secretary-General's Fact Finding Mission to Nigeria*, UN Doc. A150/960 del 28 maggio 1996 (anche detto « The Amega Report »). Per quanto concerne la dottrina, cfr. sul punto J. EATON, *The Nigerian Tragedy, Environmental Regulation of Transnational Corporations, and the Human Rights to a Healthy Environment*, in *Boston University International Law Journal*, 1997, p. 261 ss.; S. SKOGLY, *Complexities in Human Rights Protection: Actors and Rights Involved in the Ogoni Conflict in Nigeria*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1997, p. 47 ss.; O.C. OKAFOR, *International Law, Human Rights, and the Allegory of the Ogoni Question*, in E.K. QUASHIGAH, O.C. OKAFOR (eds.), *Legitimate Governance in Africa*, The Hague/London/Boston, 1999, p. 509 ss. Più in generale si vedano, tra gli altri: D. ORENTLICHER, T. GELATT, *Public Law, Private Actors: the Impact of Human Rights on Business Investors in China*, in *Journal of International Law and Business*, 1993, p. 66 ss.; J. WIKE, *The Marlboro Man in Asia US Tobacco and Human Rights*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1996, p. 330 ss.; M.A. GEER, *Foreigners in Their Own Land: Cultural Land and Transnational Corporations - Emergent International Rights and Wrongs*, in *Virginia Journal of International Law*, 1998, p. 331 ss.; J.M. WAGNER, N.A.F. POPOVIC, *Environmental Injustice on United States Bases*

brato — alla base delle rivendicazioni dei Paesi in via di sviluppo per un nuovo ordine economico internazionale — è, infatti, tornato al centro delle relazioni economiche internazionali. Rispetto agli anni '70, la novità consiste nella generalizzata diffusione della tesi che solo la crescita economica che si accompagni alla conservazione dell'ecosistema e alla tutela dei diritti fondamentali dell'uomo possa, in questo momento storico, garantire la realizzazione di tale obiettivo. La novità è, insomma, rappresentata dalla connotazione di tale obiettivo come sviluppo sostenibile ovvero come sviluppo umano (30).

Relativamente al problema del controllo dell'attività delle imprese multinazionali, significativo è il fatto che gli Stati, anziché tentare di elaborare *standards* di condotta restrittivi, abbiano, di recente, cercato di coinvolgere tali imprese nelle iniziative di cooperazione internazionale intraprese nel quadro dell'ONU per la promozione dello sviluppo sostenibile, il quale non rappresenta un obiettivo di per sé incompatibile con il crescente processo di liberalizzazione e integrazione dei mercati attualmente in atto (31). Più semplicemente, la realizzazione di questo

---

in Panama: International Law and the Right to Land Free from Contamination and Explosives, in *op. loc. ult. cit.*, p. 401 ss.; S. JOSEPH, *Taming the Leviathans: Multinational Enterprises and Human Rights*, in *Netherlands International Law Review*, 1999, p. 171 ss.; G.G.A. TZEUTSCHLER, *Corporate Violator: the Alien Tort Liability of Transnational Corporations for Human Rights Abuses Abroad*, in *Columbia Human Rights Law Review*, 1999, p. 359 ss.; J.A. HALL, *Human Rights and the Garment Industry in Contemporary Cambodia*, in *Stanford Journal of International Law*, 2000, p. 119 ss.

Si rileva che le *Guidelines* non si occupano affatto del problema della tutela dei diritti dell'uomo *tout court*.

(30) La connotazione dello sviluppo come sviluppo umano implica che la crescita economica debba accompagnarsi all'espansione delle capacità umane in termini di scelte e opportunità, affinché ogni persona sia libera di vivere dignitosamente. L'indice di sviluppo umano è composito e dipende essenzialmente da tre variabili: la speranza di vita alla nascita, i risultati dell'istruzione e il PIL reale *pro capite*. Lo sviluppo umano può qualificarsi come « lo sviluppo *delle* persone, *per* le persone e *da parte* delle persone » (UNDP, *Rapporto 2000 su lo sviluppo umano. 11. I diritti umani*, Torino, 2000, p. 32); si veda altresì UNDP, *Rapporto 2001 su lo sviluppo umano. 12. Come usare le nuove tecnologie*, Torino, 2001, p. 30.

(31) Il concetto dello sviluppo sostenibile è, per la prima volta, stato utilizzato nel Rapporto finale della *World Commission on Environment and Development* dell'ONU (Commissione *Bruntland*, dal nome del suo Presidente) del 1987 intitolato « Our Common Future ». Questo Rapporto definisce lo sviluppo soste-

obiettivo implica che tale processo si compia mediante il ricorso a modelli di produzione e consumo sostenibili, non fondati cioè su un'irreversibile depauperamento dell'ecosistema. A quest'obiettivo si ispira l'orientamento pragmatico seguito nel corso della Conferenza dell'ONU su ambiente e sviluppo tenutasi a Rio de Janeiro nel 1992, orientamento cui si deve, tra l'altro, l'approvazione della *Agenda 21*. Quest'ultimo strumento, privo di efficacia vincolante, delinea un programma di attuazione dello sviluppo sostenibile nel medio-lungo periodo. L'*Agenda* indica quali comportamenti dovrebbero, a tal fine, essere tenuti non solo dagli Stati, ma anche dai privati, in particolare dalle organizzazioni non governative e dalle imprese (32). Queste ultime dovrebbero prediligere la realizzazione di *eco-business* fondati sul rispetto di *standards* di condotta etici e responsabili. Al ri-

---

nibile come quel livello di sviluppo in grado di soddisfare i bisogni delle generazioni presenti senza pregiudicare la capacità dell'ecosistema di soddisfare i bisogni delle generazioni future. Tale definizione postula, dunque, la « responsabilità » delle generazioni presenti per quelle future (la c.d. « responsabilità intergenerazionale »). Si rileva che già nel Rapporto *Bruntland* è auspicata la partecipazione delle imprese alle iniziative internazionali volte alla promozione dello sviluppo sostenibile. Sul concetto di sviluppo sostenibile cfr., fra gli altri, E.B. WEISS, *Our Rights and Obligations to Future Generations for the Environment*, in *The American Journal of International Law*, 1990, p. 158 ss.; L. GÜNDLING, *Our Responsibility to Future Generations*, in *op. loc. ult. cit.*, p. 207 ss.; S. MARCHISIO, G.C. GARAGUSO (a cura di), *Rio 1992: vertice per la terra*, Milano, 1993; W. LANG (ed.), *Sustainable Development and International Law*, London/Dordrecht/Boston, 1995; M. GESTRI, *La gestione delle risorse naturali di interesse generale per la comunità internazionale*, Torino, 1996; S. MARCHISIO, F. RASPADORI, A. MANEGGIA (a cura di), *Rio cinque anni dopo*, Milano, 1998; P. PETERS, *Sustainable Development with a Human Face?*, in F. WEISS, E. DENTERS, P. DE WAART (eds.), *International Economic Law with a Human Face*, The Hague/Dordrecht/London, 1998, p. 401 ss.; S. SUBEDI, *Foreign Investment and Sustainable Development*, in *op. loc. ult. cit.*, p. 413 ss.; S.M. CARBONE, F. MUNARI, *Lo sviluppo sostenibile nel contesto degli scambi internazionali e delle regole di diritto internazionale ad essi relative*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1999, p. 35 ss.; K. TÖPFER, *Sustainable Development*, in R. DOLZER, J. THESING (eds.), *Protecting Our Environment*, Sankt Augustin, 2000, p. 9 ss.

(32) Cfr. N.A. ROBINSON (ed.), *Agenda 21 & the UNCED Proceedings*, New York, London, Rome, 1992 (opera in 6 volumi); S. MARCHISIO, *Gli Atti di Rio nel diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, p. 581 ss. Il Capitolo 30 dell'*Agenda* — intitolato « Strengthening the Role of Business and Industry » — si indirizza in modo generico a « business and industry, including transnational corporations ».

guardo, l'*Agenda* accoglie il concetto di *eco-efficiency* coniato da un gruppo di imprese multinazionali — le quali hanno attivamente partecipato ai lavori preparatori e finali della Conferenza di Rio — per la qualificazione dei tentativi da esse posti in essere allo scopo di coniugare l'obiettivo dell'efficienza produttiva con quello della tutela dell'ambiente (33).

Quanto alla tutela dei diritti dell'uomo, tentativi di fare partecipare le imprese multinazionali alla realizzazione degli obiettivi perseguiti mediante la cooperazione internazionale sono stati compiuti dagli Stati specialmente nel quadro dell'Organizzazione internazionale del lavoro (ILO) con specifico riguardo alla soluzione del problema del lavoro minorile. L'ILO ha, tra l'altro, istituito, nel 1992, un Programma *ad hoc*, l'*International Programme on the Elimination of Child Labour* (IPEC), per incoraggiare le imprese che, direttamente o indirettamente, impiegano minori a finanziare progetti speciali di istruzione e formazione nei Paesi dove esse operano (34).

Alcune imprese multinazionali originarie dei Paesi più ric-

---

(33) Le maggiori imprese multinazionali, che su iniziativa del Segretario generale della Conferenza di Rio, Maurice Strong, hanno partecipato ai suoi lavori, hanno istituito il *Business Council for Sustainable Development* (BCSD). L'azione di quest'ultimo si ispira alla « Business Charter for Sustainable Development. Principles for Environmental Management » adottata dalla Camera di commercio internazionale (ICC) nel 1991. Tale « Business Charter » è composta da sedici principi, formulati in modo alquanto generico, volti a promuovere tra le imprese il c.d. « environmental management » e l'adozione di specifiche politiche ambientali (si veda ICC, *From Ideas to Action: Business and Sustainable Development*, Paris, 1992). Su richiesta del Segretario generale, il *Business Council* ha, in particolare, pubblicato un rapporto intitolato « Changing Course: a Global Business Perspective on Development and the Environment » (pubblicato dalla MIT Press nel 1992) fondato sul concetto di *eco-efficiency* quale strumento di realizzazione dello sviluppo sostenibile. Per approfondimenti cfr. L.D. DE SIMONE, F. POPOFF, *Eco-efficiency. The Business Link to Sustainable Development*, Cambridge, MA, 1997.

(34) L'IPEC — lanciato nel 1992, grazie al contributo finanziario della Germania, — mira a rafforzare la capacità degli Stati membri di valutare l'estensione del fenomeno del lavoro minorile, affinché questi possano attuare politiche globali, programmi e progetti speciali per l'abolizione del suddetto fenomeno. Per approfondimenti sulle iniziative intraprese sia dagli Stati, che dal settore privato al fine dell'eliminazione del lavoro minorile, nonché sull'azione svolta, a tal fine, dall'ILO — azione culminata con la conclusione, il 17 giugno 1999, della Convenzione n. 182 relativa all'eliminazione delle peggiori forme di lavoro minorile — si vedano, tra gli altri: J.M. DILLER, D.A. LEVY, *Child Labor, Trade and Investment: toward the Harmonization of International Law*, in *The American Journal of Interna-*

chi hanno favorevolmente accolto questo nuovo orientamento degli Stati, adottando altresì volontariamente propri codici di condotta nell'obiettivo di migliorare la propria immagine nei mercati ed essere pertanto più competitive. Tali codici tendono a essere alquanto eterogenei (35). Pochi sono stati adottati spontaneamente per rendere la condotta di una determinata impresa *tout court* più rispettosa sia dell'ambiente, sia dei diritti dell'uomo. I più rappresentano, invece, la risposta di una data impresa alle critiche ricevute per un particolare aspetto della sua attività (36). Talvolta, questi codici sono il risultato di iniziative pro-

---

tional Law, 1997, p. 663 ss.; J. HILOWITZ, *Labelling Child Labour Products*, Geneva, 1997; E. LEE, *Globalization and Labour Standards: a Review on Issues*, in *International Labour Review*, 1997, n. 2, p. 173 ss.; ILO, *Protecting Children in the World of Work, Labour Education* n. 108, 1997/3; ILO, *Child Labour. Targeting the Intolerable*, ILO Conference, 86th Session 1998, Report VI (1); K. COX, *The Inevitability of Nimble Fingers? Law, Development, and Child Labor*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1999, p. 115 ss.; M.J. DENNIS, *The ILO Convention on the Worst Forms of Child Labor*, in *The American Journal of International Law*, 1999, p. 943 ss.; A. GARG, *A Child Labor Social Clause: Analysis and Proposal for Action*, in *Journal of International Law and Politics*, 1999, p. 473 ss.

(35) Sul punto si veda, in particolare, OECD WORKING PARTY OF THE TRADE COMMITTEE, *A Methodological Note on Constructing an Analytical Inventory on Codes of Corporate Conduct*, TD/TC/WP(98)11, 25 febbraio 1998. Cfr. altresì OECD, *Foreign Direct Investment, Development and Corporate Responsibility*, Paris, 1999.

(36) È questo il caso del recente codice di condotta adottato dalla *Shell* incentrato sul problema della tutela dei diritti dell'uomo. Un altro esempio sono i codici di condotta adottati dalla *Reebok*, dalla *Nike* e, ancora prima, dalla *Levi Strauss & Co.* per migliorare le condizioni di lavoro negli stabilimenti di sub-contraenti stranieri cui esse hanno affidato alcune fasi di lavorazione dei propri prodotti. L'adozione di questi codici è, peraltro, stata influenzata dal *Voluntary Statement on Business Practices* (c.d. *Model Business Principles* il cui testo è reperibile al sito *web* http://www.ita.doc.gov/bgp/model.htm) adottato nel 1995 dal Governo statunitense, dopo consultazioni con rappresentanti delle imprese e dei lavoratori, proprio per incoraggiare « all businesses to adopt and implement voluntary codes of conduct for doing business around the world that cover at least the following areas: 1. Provision of safe and healthy workplace; 2. Fair employment practices, including avoidance of child and forced labour and avoidance of discrimination ...; 3. Responsible environmental protection and environmental practices; 4. Compliance with U.S. and local alws promoting good business practices, including laws prohibiting illicit payments and ensuring fair competition; 5. Maintenance, through leadership of all levels, of a corporate culture that respects free expression consistent with legitimate business concerns ... ».

Per quanto concerne poi la tutela dell'ambiente, vale la pena rilevare l'ade-

mosse da associazioni di imprese per uniformare la condotta delle loro associate (37). L'opinione pubblica e la dottrina si sono espresse in modo abbastanza cauto sulla rilevanza attribuibile

---

sione di alcune grandi imprese multinazionali — quali, per esempio, la *General Motors*, la *Polaroid* e la *Sun Oil* — ai c.d. *CERES Principles* (originariamente noti come *Valdez Principles*) elaborati dalla *Coalition for Environmentally Responsible Economies* (CERES) istituita nel 1989 dai 15 principali gruppi ambientalisti statunitensi. Questi Principi sono alquanto specifici e prevedono un meccanismo di controllo della loro osservanza assai incisivo fondato sulla pubblicazione di un rapporto annuale da parte di ciascuna impresa che vi ha aderito. La circostanza che alla CERES partecipino numerosi fondi pensione, le cui scelte possono influenzare notevolmente nei mercati finanziari il valore dei titoli emessi dalle imprese, implica che l'adesione ai suddetti Principi tenda a non essere il risultato di una decisione spontanea dettata unicamente dalla sensibilità verso la tutela dell'ambiente degli amministratori di una particolare impresa. Si segnala, inoltre, che un numero apprezzabile di imprese multinazionali hanno avviato specifici programmi per la promozione dell'*eco-efficiency* come, per esempio, il Programma *Responsible Care*® istituito nel 1985 dalla *Chemical Manufacturers Association* canadese cui hanno successivamente aderito numerose altre associazioni nazionali, inclusa la nostra *Federchimica*.

(37) Con riguardo al problema dell'eliminazione del lavoro minorile, pare utile segnalare il codice di condotta concluso il 10 luglio 1997 tra la *European Regional Organisation* (ERO) *of International Textile, Garment and Leather Workers' Federation* (ITGLWF) e la *European Textile and Clothing Employers' Association* (EURATEX). Si tratta del primo codice del genere concluso in Europa. Tuttavia, questo codice non prevede alcun meccanismo indipendente di verifica del suo rispetto da parte delle imprese che vi hanno aderito. Quanto al problema della tutela dell'ambiente, oltre al già menzionato Programma *Responsible Care*®, merita segnalare la serie di principi e *guidelines* emanati dall'*International Standards Organization* (ISO) — noti come la *ISO 14.000 series* — specificamente diretti a promuovere, a fini preventivi, il ricorso a *environmental management systems* da parte delle imprese aderenti. Si tratta in concreto di un sistema di certificazione e *audit* ambientale. Alla stessa filosofia si ispira il sistema comunitario di eco-gestione e *audit* ambientale (c.d. EMAS) istituito dal Regolamento (CEE) n. 1836/93 del 29 giugno 1993 (riprodotto in *GUCE* L 168 del 10 luglio 1993). Sul punto cfr. G. Peccolo, *Riflessioni e proposte di riforma in margine al regolamento (CEE) n. 1836/93 istitutivo dell'EMAS (Eco-Management and Audit Scheme)*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1998, n. 3/4, p. 477 ss. Per quanto concerne l'azione della Comunità europea volta alla diffusione di un maggiore rispetto dell'ambiente da parte delle imprese operanti nel mercato interno comunitario, mette conto altresì segnalare l'*Eco-label Award Scheme* introdotto dal Regolamento (CEE) n. 880/92 del 23 marzo 1992 (riprodotto in *GUCE* L 99 dell'11 aprile 1992), come modificato dal Regolamento (CE) n. 1980/2000 del 17 luglio 2000 (riprodotto in *GUCE* L 237 del 21 settembre 2000). Si rileva che alla pratica dell'*eco-labelling*, come a quella del *social-labelling*, le imprese tendono a ricorrere anche spontaneamente,

a questi codici di condotta delle imprese, i quali fanno raramente riferimento alle *Guidelines* dell'OCSE e spesso prevedono meccanismi di verifica del loro rispetto alquanto blandi (38).

5. Come già indicato, questi dati nuovi hanno, nell'insieme, influenzato in modo determinante i lavori della *Review 2000* delle *Guidelines*, avendo gli Stati OCSE deciso di trasformare buona parte dei loro contenuti per contribuire alla realizzazione dello sviluppo sostenibile e dei diritti dell'uomo.

La complessità dei mutamenti scaturiti dalla globalizzazione ha, peraltro, reso inevitabile la scelta di questi Stati di modificare tanto la struttura, quanto il contenuto delle *Guidelines*, e di rafforzare altresì il loro meccanismo di *follow-up*.

Alla luce della circostanza che « Governments adhering to the Guidelines are committed to continual improvement of both domestic and international policies with a view to improving the welfare and living standards of all people » (39), il testo delle

---

senza cioè incentivi come quelli previsti nei Regolamenti comunitari appena menzionati.

(38) Cfr. J. KIMERLING, *The Environmental Audit of Texaco's Amazon Oil Fields: Environmental Justice or Business as Usual?*, in *Harvard Human Rights Journal*, 1994, p. 199 ss.; K. DAWKINS, *Ecolabelling: Consumer Right-to-Know or Restrictive Business Practice?*, in R. WOLFRUM (ed.), *Enforcing Environmental Standards: Economic Mechanisms as Viable Means?*, Berlin-Heidelberg-New York, 1996, p. 501 ss.; J.L. JOHNSONS, *Public-Private-Public Convergence: How the Private Actor Can Shape Public International Labor Standards*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 1998, p. 291 ss.; R.J. LIUBICIC, *Corporate Codes of Conduct and Product Labelling Schemes: the Limits and Possibilities of Promoting International Labor Rights through Private Initiatives*, in *Law & Policy in International Business*, 1998, p. 111 ss. Per la posizione dell'ILO: K.A. HAGEN, *Issues Involving Codes of Conduct from an ILO Perspective*, in *ASIL Proceedings*, 1998, p. 267 ss. Più in generale si vedano: S.E. FANDELL, *Foreign Investment, Logging, and Environmentalism in Developing Countries: Implications of Stone Container Corporation's Experience in Honduras*, in *Harvard International Law Journal*, 1994, p. 499 ss.; A. MORRIS GROOS, *International Trade and Development: Exploring the Impact of Fair Trade Organizations in the Global Economy and the Law*, in *Texas International Law Journal*, 1999, p. 379 ss.; C.A. WILLIAMS, *The Securities and Exchange Commission and Corporate Social Transparency*, in *Harvard Law Review*, 1999, p. 1199 ss. Sul punto rileva altresì UNCTAD, *World Investment Report 1999. Foreign Direct Investment and the Challenge of Development*, New York, Geneva, 1999, in particolare p. 345 ss.

(39) Ultimo capoverso dell'ultimo brano della nuova Premessa alle *Guidelines*.

Guidelines è, in buona parte, stato riscritto in nome dell'obiettivo della promozione sia dello sviluppo sostenibile, sia del rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo.

Il contenuto della nuova *Guideline on General Policies* è, al riguardo, significativo.

Particolarmente rilevante è il fatto che essa — al fine di scoraggiare le imprese dall'avvantaggiarsi dei differenti *standards* di tutela previsti nelle legislazioni statali — raccomandi loro di « ... 5. refrain from seeking or accepting exemptions not contemplated in the statutory or regulatory framework related to environmental, health, safety, labour, taxation, financial incentives, or other issues; ... 7. develop and apply effective self-regulatory practices and management systems that foster a relationship of confidence and mutual trust between enterprises and the societies in which they operate; ... 10. encourage, where applicable, business partners, including suppliers and sub-contractors, to apply principles of corporate conduct compatible with the Guidelines ».

Sulla base del presupposto che « the Guidelines both complement and reinforce private efforts to define and implement responsible business conduct », si vuole dunque dissuadere le imprese, che ancora non si siano volontariamente impegnate al rispetto di elevati *standards* di condotta, dal ricorso a pratiche di *race-to-the-bottom* mediante il trasferimento dei loro processi produttivi in Stati caratterizzati da bassi *standards* « in an attempt to gain undue competitive advantage », giacché « such practices by the few may call into question the reputation of the many and may give rise to public concerns » (40).

---

(40) Queste raccomandazioni mirano alla valorizzazione dei codici di condotta, di recente, volontariamente adottati da alcune imprese multinazionali sulla base del presupposto — chiaramente enunciato nella Premessa alle nuove *Guidelines* — che tali imprese « have demonstrated that respect for high standards of business conduct can enhance growth ». Per il dibattito avvenuto al riguardo nel corso della *Review* si vedano: DAFFE/IME(98)15, p. 17 ss.; DAFFE/IME(99)9, pp. 3-7; DAFFE/IME(99)29, p. 4 ss. In particolare, con riguardo al problema della tutela dei lavoratori dipendenti si veda PAC/AFF/LMP(99)5; mentre relativamente al problema della tutela dell'ambiente si veda PAC/AFF/LMP(99)6. Deve rilevarsi che nel Commentario alle nuove *Guidelines* elaborato dal CIME al termine della *Review* — Commentario il quale non è parte integrante delle medesime — è, comunque, precisato che « self-regulation and other initiatives in a similar vein, in-

Merita poi segnalare che nella nuova *Guideline on Employment and Industrial Relations* — il cui testo si ispira alla Dichiarazione dell'ILO sui principi e diritti fondamentali in relazione al lavoro del 1998 (41) — è, tra l'altro, previsto che le imprese multinazionali dovrebbero contribuire sia all'« effective abolition of child labour », sia all'« elimination of all forms of forced or compulsory labour » (42).

Interamente improntata all'obiettivo della promozione dello sviluppo sostenibile è la nuova *Guideline on Environment*, il cui contenuto è oggi più articolato, essendo plasmato sui risultati della Conferenza di Rio del 1992. Questa *Guideline*, pur non menzionando espressamente il concetto di *eco-efficiency*, sembra, infatti, innegabilmente riferirsi a esso allorché raccomanda alle imprese di « establish and maintain a system of environmental management ... », « assess, and address in decision-making, the foreseeable environmental, health, and safety-related impacts associated with the processes, goods and services of the enterprise over the full life cycle ... », nonché « continually seek to improve corporate environmental performance ... » (43). La responsabi-

---

cluding the *Guidelines*, should not unlawfully restrict competition, nor should they be considered a substitute for effective law and regulation by governments. It is understood that MNEs should avoid potential trade or investment distorting effects of codes and self-regulatory practices when they are being developed » (C(2000)96/ADD1/REV1, par. 11).

(41) La Dichiarazione, priva di natura vincolante, e il suo meccanismo di *follow-up* mirano principalmente a promuovere l'effettiva adesione alle Convenzioni sui « core labour standards » concluse nel quadro dell'ILO da parte di tutti i suoi Stati membri (cfr., per tutti, C. Di Turi, *Globalizzazione dell'economia e diritti fondamentali in materia di lavoro*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2000, p. 113 ss.). Pare utile rilevare che la Dichiarazione, avendo per oggetto le politiche nazionali adottate dagli Stati al fine di assicurare il rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori dipendenti sanciti dalle Convenzioni ILO, mira a influenzare la condotta delle imprese solo indirettamente. La *Tripartite Declaration* del 1977 rappresenta, dunque, ancora oggi lo strumento ILO (direttamente) rilevante a tal fine.

(42) Per approfondimenti, si veda il Commentario alle *Guidelines* (C(2000)96/ADD1/REV1, parr. 19-29).

(43) Nel Commentario alle *Guidelines* è precisato che « sound environmental management is an important part of sustainable development, and is increasingly being seen as both a business responsibility and a business *opportunity*. Multinational enterprises have a role to play in both respects. Managers of these enterprises should therefore give appropriate attention to environmental issues within their business strategies ... » (C(2000)96/ADD1/REV1, par. 31).

lizzazione delle imprese per l'impatto, più o meno dannoso, sull'ambiente che può conseguire dalla loro attività è, inoltre, accentuata dal riferimento tacito al principio precauzionale rilevabile in questa nuova *Guideline* là dove essa prevede che « consistent with the scientific and technical understanding of the risks, where there are threats of serious damage to the environment, taking also into account human health and safety », le imprese non dovrebbero usare « the lack of full scientific certainty as a reason for postponing cost-effective measures to prevent or minimise such damage ».

6. Con la *Review 2000* gli Stati OCSE hanno, ancora una volta, voluto dimostrare le proprie buone intenzioni. Il fatto che questi abbiano, tramite il sito web dell'organizzazione, reso pubblici i testi di due progetti delle nuove *Guidelines* affinché, entro un termine prestabilito, chiunque fosse interessato potesse inviare al CIME la sua opinione sui risultati dei negoziati allora in corso induce a ritenere che essi hanno stavolta tentato di persuadere delle proprie buone intenzioni soprattutto l'opinione pubblica, più che i Paesi in via di sviluppo ospiti di investimenti realizzati da imprese multinazionali (44).

A questi ultimi gli Stati OCSE lanciano, comunque, un segnale positivo già nella prima *Guideline on Concepts and Principles*, nella quale è chiarito che « Governments adhering to the Guidelines should not use them for protectionist purposes nor use them in a way that calls into question the comparative advantage of any country where multinational enterprises invest ».

---

(44) Dopo il fallimento dei negoziati del MAI, il DAFFE ha cercato di fare diventare il sito *web* dell'OCSE (http://www.oecd.org) uno strumento di diffusione di informazioni sull'attività dell'Organizzazione, uno strumento cioè di trasparenza. La scelta di diffondere il testo di due successivi progetti delle nuove *Guidelines* — uno del 10 gennaio 2000, l'altro del 15 marzo 2000 — ne è una prova. Alcuni dei commenti pervenuti *via web* sui due suddetti progetti sono, peraltro, anch'essi reperibili al medesimo sito. In questo modo, si è voluto accrescere la trasparenza della *Review* ed evitare che l'attività svolta dall'OCSE tornasse a essere al centro delle critiche dell'opinione pubblica, come era successo nel corso dei negoziati del MAI. Allo stesso scopo, il CIME ha pubblicato i risultati delle consultazioni, avvenute nell'ultima fase della *Review*, con BIAC, TUAC e alcune organizzazioni non governative, quali *Amnesty International, Friends of the Earth*, GERMANWATCH, OXFAM, TOBI (*NGO Task Force on Business and Industry*) e *World-Wide Fund for Nature* (DAFFE/IME/WPG/RD(2000)16).

Un segnale di distensione inviato ai Paesi in via di sviluppo pare altresì essere costituito dalla circostanza che gli Stati OCSE, per avvalorare la rilevanza delle *Guidelines* come strumento di promozione dello sviluppo sostenibile e del rispetto dei diritti dell'uomo, hanno inserito nel loro nuovo testo, un espresso riferimento agli atti più importanti in materia, adottati, grazie anche al voto della maggioranza dei Paesi in via di sviluppo, nel quadro della « famiglia » dell'ONU: la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, la Dichiarazione di Rio su ambiente e sviluppo del 1992, l'*Agenda 21* a essa allegata, la Dichiarazione di Copenaghen sullo sviluppo sociale del 1995 e, infine, la Dichiarazione dell'ILO sui principi e diritti fondamentali in relazione al lavoro del 1998.

Deve, tuttavia, osservarsi che gli Stati OCSE hanno contestualmente cercato di porre in risalto il proprio continuo contributo alla formazione del c.d. « international policy framework » richiamando nelle *Guidelines* alcuni strumenti recentemente approvati nel quadro dell'Organizzazione, come le *Guidelines on Transfer Pricing for Multinational Enterprises and Tax Administrations* del 1995, la Convenzione sulla lotta contro la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni commerciali internazionali del 1997 (45) e i due strumenti non vincolanti adottati nel 1999 in materia di *corporate governance* e tutela dei

---

(45) La Convenzione è entrata in vigore il 15 febbraio 1999. Per approfondimenti si vedano, tra gli altri: U. DRAETTA, *La nuova Convenzione OECD e la lotta alla corruzione nelle operazioni commerciali internazionali*, in *Diritto del commercio internazionale*, 1998, p. 969 ss.; D.A. GANTZ, *Globalizing Sanctions against Foreign Bribery: the Emergence of a New International Legal Consensus*, in *Northwestern Journal of International Law & Business*, 1998, p. 457 ss.; P. PIERROS, C. HUDSON, *The Hard Graft of Tackling Corruption in International Business Transactions*, in *Journal of World Trade*, 1998, n. 2, p. 77 ss.; T.J. WHITE, *U.S. Efforts to Combat Foreign Corrupt Practices*, in *ASIL Proceedings*, 1998, p. 162 ss.; C.F. CORR, J. LAWLER, *Damned if You Do, Damned if You Don't? The OECD Convention and the Globalization of Anti-Bribery Measures*, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 1999, p. 1249 ss.; G. SACERDOTI, *The 1997 OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions: an Example of Piece-Meal Regulation of Globalisation*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 1999, p. 26 ss. Per quanto riguarda l'attività di recente posta in essere dall'OCSE per scoraggiare « l'offerta di corruzione », merita altresì segnalare la *Recommendation on the Tax Deductibility of Bribes to Foreign Public Officials* del 1996 e la *Recommendation on Combating Bribery in International Business Transactions* del 1997, adottate entrambe prima della conclusione della Con-

consumatori nel commercio elettronico, ossia i Principi sulla *Corporate Governance* (46) e le *Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce*.

Al fine di sottolineare la portata di questi strumenti, gli Stati OCSE hanno aggiunto due nuove *Guidelines* — dedicate, rispettivamente, una al problema del coinvolgimento delle imprese multinazionali nelle pratiche di corruzione (47), l'altra alla tutela degli interessi dei consumatori (48) — e riformulato il testo della *Guideline on Taxation* (49). A seguito dell'adozione dei

---

venzione. Questi strumenti sono espressamente richiamati nel Commentario alle nuove *Guidelines* il quale precisa, peraltro, che « to address the demand side of bribery, good govemance practices are important elements to prevent companies from being asked to pay bribes. In addition, governments should assist companies confronted with solicitation of bribes » (C(2000)96/ADD1/REV1, par. 45).

(46) Relativamente ai lavori preparatori di questi Principi si veda G. SACERDOTI, *Towards Common Standards of Corporate Governance: Internal Controls for Preventing Bribery under the 1997 OECD Convention*, in AA.VV., *New Trends in International Trade Law*, Torino, 2000, p. 325 ss. Per un breve commento sul loro testo finale cfr. J.H. FARRAR, *The New Financial Architecture and Effective Corporate Governance*, in *The International Lawyer*, 1999, in particolare pp. 950-953; R.S. KARMEL, *Stock Markets and the Globalization of Retirement Savings - Implications of Privatization of Government Pensions for Securities Regalators*, in *The International Lawyer*, 2000, pp. 964-967.

(47) Pare utile rilevare che, nel Commentario alle *Guidelines*, il CIME ha ritenuto opportuno chiarire che « bribery and corruption are not only damaging to democratic institutions and the governance of corporations, but they also impede efforts to reduce poverty. In particular, the diversion of funds through corrupt practices undermines attempts by citizens to achieve higher levels of economic, social and environmental welfare » (C(2000)96/ADD1/REV1, par. 43).

(48) Questa nuova *Guideline* mira, in particolare, a responsabilizzare le imprese relativamente alla tutela della sicurezza e della salute dei consumatori promuovendo — a tal fine — l'adozione di meccanismi di *self-restraint* a integrazione della disciplina posta dalle diverse legislazioni nazionali. Significativo al riguardo è il suo punto 3 alla luce del quale le imprese dovrebbero « provide transparent and effective procedures that address consumer complaints and contribute to fair and timely resolution of consumer disputes without undue cost or burden ». Rilevante è altresì il suo punto 5 alla luce del quale le imprese dovrebbero « respect consumer privacy and provide protection for personal data ». Nel Commentario alle *Guidelines* è, a questo proposito, stabilito che le imprese potrebbero considerare le *OECD Guidelines Governing the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data* del 1980 « as a helpful basis for protecting personal data » (C(2000)96/ADD1/REV1, par. 52).

(49) Le *Guidelines on Transfer Pricing for Multinational Enterprises and Tax Administrations* — approvate nel 1979 e sostanzialmente modificate nel 1995

Principi sulla *Corporate Governance*, l'introduzione di una *Guideline ad hoc* relativamente a questo problema non è stata considerata indispensabile. Ai suddetti Principi si ispira, comunque, il nuovo testo della *Guideline on Disclosure*. Nella *Guideline on General Policies* è, inoltre, ribadito che le imprese dovrebbero « support and uphold good corporate governance principles and develop and apply good corporate governance practices » (50).

7. Con le *Guidelines* gli Stati mirano a promuovere il volontario rispetto da parte delle imprese multinazionali del diritto internazionale e delle legislazioni dei Paesi dove esse operano. A garanzia dell'effettiva realizzazione di tale obiettivo, gli Stati hanno istituito alcuni meccanismi procedurali di *follow-up* — chiaramente, a esito non vincolante — volti a favorire reciproci scambi di informazioni sull'attività delle imprese multinazionali, nonché la soluzione dei problemi che tale attività può fare sorgere.

Tra questi meccanismi merita, anzitutto, segnalare la competenza attribuita al CIME di esprimere — su domanda di un *National Contact Point*, del BIAC ovvero del TUAC — pareri sull'interpretazione e sull'applicazione delle *Guidelines*. Tali pareri sono denominati *clarifications* (51). Tali *clarifications* han-

---

— si ispirano all'« arm's length principle » tipicamente accolto nella legislazione statali in materia di *transfer pricing*. Alla luce della *Guideline on Taxation* le imprese dovrebbero anch'esse ispirarsi a tale principio.

(50) Nel Commentario alle *Guidelines* è precisato che « although primary responsibility for improving the legal and institutional regulatory framework lies with governments, enterprises also have an interest in good governance » (C(2000)96/ADD11REV1, par. 7). E, per sottolineare l'importanza della trasparenza, è inoltre specificato che « the adoption of appropriate corporate governance practices is a complementary element in fostering a culture of ethics within the enterprise » (par. 47).

(51) Il CIME è stato istituito nel 1975 per funzionare come foro di dibattito su qualunque questione relativa alla politica degli Stati membri in materia di investimenti e attività delle imprese multinazionali. Vi partecipano funzionari del DAFFE. Allorché, l'anno seguente, sono stati adottati gli strumenti sugli investimenti qui considerati, al CIME è, fra l'altro, stata attribuita la competenza a esprimere pareri relativamente all'applicazione concreta delle *Guidelines*. Questi pareri non sono né obbligatori, né vincolanti. Nella Decisione sulle *Guidelines* adottata nel 1991, al termine della terza *Review*, il Consiglio OCSE ha, al par. 6, ribadito che il CIME « shall not reach conclusions on the conduct of individual enterpri-

no spesso per oggetto la *Guideline on Employment and Industrial Relations* e per questo possono suscitare l'interesse dell'opinione pubblica, favorendo la visibilità delle *Guidelines* (52). L'attività di *follow-up* svolta dal CIME consiste altresì nell'organizzazione di periodiche consultazioni sia con il BIAC e il TUAC, sia con le organizzazioni non governative eventualmente interessate, relativamente a qualunque questione possa essere rilevante ai fini del rispetto delle *Guidelines*. Anche le periodiche *Reviews* del testo delle *Guidelines* promosse dal CIME rientrano, infine, nell'attività di *follow-up* da esso posta in essere poiché queste mirano a valutare e rafforzare l'effettiva influenza esercitata dalle *Guidelines* sul comportamento delle imprese.

Un altro importante meccanismo di *follow-up* del rispetto delle *Guidelines* avrebbero dovuto essere i *National Contact Points* istituiti da ciascuno Stato membro in attuazione della Decisione adottata dal Consiglio, nel 1984, al termine della seconda *Review*. L'obbligo dell'istituzione dei *National Contact Points* è, di nuovo, stato sancito dal Consiglio nella Decisione adottata al termine della terza *Review*, nel 1991, a norma della quale « Member Governments shall set up National Contact Points for undertaking promotional activities, handling inquiries and for discussions with the parties concerned on all matters related to the Guidelines so that they can contribute to the solution of problems which may arise in this connection ». Questa Decisione dispone, peraltro, che « the business community, employee

---

ses ». Data la natura non vincolante delle *Guidelines*, con le *clarifications* il CIME può, quindi, pronunciarsi su uno specifico problema sollevato dalla loro attuazione, ma non sulla condotta concretamente tenuta da una determinata impresa multinazionale (per approfondimenti sul punto, si veda S.C. VAN EYK, *op. cit.*, p. 206 ss.). Già al termine della prima *Review*, nel 1979, era, comunque, stato stabilito che « if it so wishes, an individual enterprise will be given the opportunity to express its views either verbally or in writing on issues concerning the Guidelines involving its interests ».

(52) Merita, al riguardo, segnalare il caso *Badger* del quale il CIME si è occupato nel 1977 su domanda del Belgio (cfr. I. SEIDL-HOHENVELDERN, *ELSI and Badger. The Two Raytheon Cases*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1990, p. 261 ss.). Un importante caso di cui il CIME si è, di recente, occupato è il caso *Renault* sorto nel febbraio 1997 a seguito della decisione degli amministratori della *Renault Industries Belgium* di chiudere il suo stabilimento a Vilvorde e licenziare circa 3100 dipendenti (si vedano: DAFFE/IME(97)2, 6, 7 e 8; DAFFE/IME/RD(97)2 e DAFFE/IME(97)11 cui è allegata (Allegato n. 2) la *clarification* del CIME).

organizations and other interested parties shall be infommed of the availability of such facilities » e che « National Contact Points in different countries shall cooperate if such need arises, on any matter related to the Guidelines relevant to their activities ». È, tuttavia, precisato che « as a general procedure, discussions at the national level should be initiated before contacts with other National Contact Points are undertaken ». È, inoltre, previsto che un *National Contact Point*, qualora non riesca a risolvere un conflitto dovuto all'attività di un'impresa multinazionale, debba rivolgersi al CIME affinché questi provveda a trovare la soluzione.

I *National Contact Points* — in quanto « the first point of contact in member states on the Guidelines » — avrebbero dovuto promuovere un effettivo processo di miglioramento della condotta delle imprese multinazionali e garantire, perciò, l'effettività del meccanismo di *follow-up* delle *Guidelines*.

Deve però segnalarsi che ogni Stato OCSE, benché abbia formalmente istituito il rispettivo *National Contact Point*, non si è, in questi anni, impegnato per farlo funzionare efficacemente, come disposto dalle Decisioni del Consiglio. Numerosi Stati OCSE non hanno neppure pubblicizzato al proprio interno l'avvenuta istituzione di siffatto meccanismo di *follow-up* delle *Guidelines* (53).

È così che al termine della *Review 2000*, il 27 giugno, il Consiglio dell'OCSE ha adottato una Decisione — cui è allegata una *Procedural Guidance* — per rafforzare i meccanismi di *follow-up* delle *Guidelines*, in particolare per rendere più tangibile il ruolo dei *National Contact Points*.

Per quanto riguarda il CIME, la Decisione — oltre a riaffermare le competenze da esso già svolte a garanzia dell'effettività delle *Guidelines* — mira a promuovere l'attività esterna che questo può, a tal fine, porre in essere mediante consultazioni

---

(53) Il *National Contact Point* italiano è stato istituito presso la Segreteria generale della programmazione economica del Ministero del bilancio. Per un resoconto sulla sua attività si veda l'Audizione del suo responsabile davanti alla 10ª Commissione permanente del Senato della Repubblica del 15 luglio 1997. Tra le attività più rilevanti da esso poste in essere merita segnalare la collaborazione da esso prestata nel 1988 per la soluzione del conflitto allora in corso tra due società del gruppo italiano AGIPCOAL — entrambe costituite negli Stati Uniti, rispettivamente in West Virginia e Kentuchy, — e i sindacati statunitensi, nonché la pubblicazione in lingua italiana del testo delle *Guidelines* aggiornato alla *Review* del 1991.

con i rappresentanti di Stati non membri dell'OCSE. Nella *Procedural Guidance* si prevede altresì che il CIME possa, se del caso, consultarsi con esperti privati (54).

Le principali novità della Decisione concernono, a ogni buon conto, il funzionamento dei *National Contact Points* ai quali è posto l'obbligo di consultarsi annualmente e inviare al CIME un rapporto annuale sulla natura e sui risultati dell'attività svolta.

Nella *Procedural Guidance* è, inoltre, stabilito che, in virtù della flessibilità goduta da ciascuno Stato OCSE nell'istituzione del rispettivo *National Contact Point*, l'azione dei *National Contact Points* debba ispirarsi a quattro *core criteria* — « visibility », « accessibility », « transparency » e « accountability » — nell'obiettivo di una loro « functional equivalence » (55). È poi previsto che i *National Contact Points* possano occuparsi di questioni relative all'interpretazione e all'applicazione delle *Guidelines* sorte in Stati non OCSE (56). Nella *Procedural Guidance* è, peraltro, attribuito al CIME il compito di sovrintendere all'attività dei *National Contact Points*. Il CIME può, infatti, accertare — su domanda di uno Stato OCSE o di un organismo consultivo accreditato presso l'Organizzazione — se un *National Contact Point* « is fulfilling its responsibilities with regard to its handling of specific instances » ovvero « has correctly interpreted the Guidelines in specific instances ». Alla luce della *Procedural Guidance*, il CIME può, infine, adottare raccomandazioni specificamente volte a migliorare il funzionamento dei *National Contact Points* e l'effettiva attuazione delle *Guidelines*.

---

(54) Alla luce del Commentario alle *Implementation Procedures* delle *Guidelines*, il CIME può consultarsi con esperti privati relativamente a « broader issues (e. g. child labour, human rights) » ovvero « individual issues ». È, comunque, chiarito che il CIME « will not become a panel to settle individual issues » (C(2000)96/ADD1/REV1, par. 28).

(55) Si rileva che l'esigenza del potenziamento del ruolo dei *National Contact Points* — al fine di renderli « proactive, not reactive » — era già emersa nel corso della Conferenza di Budapest del 1998 (DAFFE/IME(98)18, p. 4). Cfr. S. TULLY, *The 2000 Review of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2001, p. 400 ss.

(56) Nel Commentario alle *Implementation Procedures* delle *Guidelines* è chiarito che anche con riguardo a questioni sorte in Stati non OCSE i *National Contact Points* siano « in a position to pursue enquiries and engage in other fact finding activities », nonostante « it may not always be practicable to obtain access to all pertinent information, or to bring all the parties involved together » (C(2000)96/ADD1/REV1, par. 20).

8. In un momento storico nel quale, da un lato, l'elaborazione di un accordo multilaterale in materia di investimenti potrebbe essere tentata nel quadro dell'OMC e, dall'altro, si moltiplicano le iniziative delle organizzazioni internazionali della « famiglia » dell'ONU dirette a coinvolgere le imprese multinazionali nei tentativi da esse posti in essere allo scopo di rendere più sostenibile e umano il processo di globalizzazione dei mercati (57), gli Stati OCSE, con la *Review 2000* delle *Guidelines*, sembrano volere rivendicare — malgrado il fallimento dei negoziati del MAI — il proprio ruolo di direzione della vita di relazione internazionale avente per oggetto siffatti settori.

Peraltro, in presenza di una crescente globalizzazione dei mercati, l'armonizzazione, sulla base di *standards* elevati, della condotta delle imprese multinazionali pare rappresentare, rispetto all'adozione di misure unilaterali restrittive, il mezzo più idoneo a salvaguardare la competitività degli Stati OCSE nel commercio internazionale, competitività che tende a essere compromessa dalla mancata uniformità delle legislazioni dei diversi Stati dove le suddette imprese operano.

Particolarmente rilevante è il fatto che gli Stati OCSE non abbiano, a tal fine, ritenuto opportuno occuparsi del problema della possibile incorporazione delle *Guidelines* in un eventuale accordo multilaterale globale in materia di investimenti, come proposto sia da alcuni delegati nel corso dei negoziati del MAI, sia da una parte della dottrina (58).

La soluzione di questo problema avrebbe, del resto, signifi-

---

(57) Significativa è la recente decisione del Segretario generale dell'ONU di dare vita a una *partnership* con le imprese: la c.d. *Global Compact* composta da nove principi in materia di tutela dell'ambiente, dei diritti dell'uomo e dei lavoratori dipendenti (questi principi sono reperibili al sito *web* http://www.unglobalcompact.org/gc/unweb.nsf/content/environment.htm). La *Global Compact* si ispira fondamentalmente alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, all'*Agenda 21* e alla Dichiarazione sui principi e diritti fondamentali in relazione al lavoro giacché questi tre strumenti — tutti non vincolanti — « express a clear set of universal values supported by all governments ». La *Global Compact* non vuole, tuttavia, essere un codice di condotta per le imprese multinazionali.

(58) Cfr. N. SCHRIJVER, *Sovereignty over Natural Resources. Balancing Rights and Duties*, Cambridge, 1997, in particolare pp. 383-384; P.T. MUCHLINSKI, *Towards a Multilateral Investment Agreement (MAI): the OECD and WTO Models and Sustainable Development*, in F. WEISS, E. DENTERS, P. DE WAART (eds.), *op. cit.*, p. 429 ss.; R. CLÉMENÇON, *Foreign Direct Investment and Global Environmen-*

cato porre in discussione la natura non vincolante delle *Guidelines*. Nel corso della *Review 2000*, tale natura è, invece, più volte stata qualificata dal CIME come uno dei tratti caratterizzanti le *Guidelines* il quale non doveva essere posto in discussione. Infatti, qualunque tentativo per l'elaborazione di un codice vincolante avrebbe inevitabilmente alterato il bilanciamento di interessi alla base delle *Guidelines* e ridotto contestualmente il contenuto degli *standards* al minimo comune denominatore possibile, data la riluttanza degli Stati ad assumere obblighi internazionali relativamente alla condotta all'estero delle loro società (59). È questa la ragione per la quale il CIME ha preferito porre al centro della *Review 2000* l'esigenza del rafforzamento dei meccanismi procedurali di *follow-up* delle *Guidelines*, con particolare riferimento al ruolo dei *National Contact Points* (60).

---

tal Protection - Why Environmentalists Should Favour Multilateral Investment Rules, in *The Journal of World Investment*, 2000, n. 1, p. 217.

(59) Si vedano: DAFFE/IME(98)14, p. 3, 5; DAFFE/IME(98)15, p. 6; DAFFE/IME(98)18, p. 3; DAFFE/IME(2000)9, p. 3.

(60) Sul dibattito relativo alla produzione di efficacia dei codici di condotta per le imprese multinazionali elaborati nel quadro di organizzazioni internazionali, cfr., fra gli altri, C. DAY WALLACE, *Legal Control of the Multinational Enterprise*, The Hague/Boston/London, 1982, p. 300 ss.; F. SALERNO, *La regolamentazione internazionale dei rapporti di lavoro con imprese multinazionali*, Milano, 1986, p. 157 ss.; G. SACERDOTI, *Les codes de conduite sur les entreprises multinationales entre droit international et droit interne: mise en oeuvre et effets juridiques*, in AA.VV., *Il diritto internazionale al tempo della sua codificazione. Studi in onore di Roberto Ago*, Milano, 1987, IV, p. 263 ss., in particolare p. 288 ss.; A. ODDENINO, *La rilevanza dei codici di condotta nella regolamentazione dell'attività delle imprese multinazionali*, in G. PORRO (a cura di), *Studi di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 1999, p. 51 ss., in particolare p. 69 ss.; P.T. MUCHLINSKI, *Corporations in International Litigation: Problems of Jurisdiction and the United Kingdom Asbestos Cases*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2001, p. 1 ss., secondo cui le corti britanniche avrebbero risolto in modo diverso i casi *Cape* — avrebbero, cioè, concluso per la responsabilità della capogruppo per i fatti compiuti da consociate riconducibili a Stati diversi — se avessero tenuto in considerazione il nuovo testo delle *Guidelines*, malgrado la loro natura non vincolante. A suo parere, « given that the United Kingdom adheres to the OECD Guidelines as a member of that organisation, in future the English courts may have to pay heed to their contents when determining issues of public interest in litigation involving MNEs. It is open to question whether the English courts can indefinitely refuse to address public interest issues, and hide behind the apparently apolitical doctrine of *forum non conveniens*, while at the same time coming to decisions that are doubtless informed by such considerations » (p. 24).

IX.

GLI STRUMENTI DI COOPERAZIONE INTERNAZIONALE IN MATERIA ANTITRUST FRA POLITICA COMMERCIALE E POLITICA DELLA CONCORRENZA

DI

GIOVANNA ADINOLFI

Professore associato nell'Università degli Studi di Milano

SOMMARIO: 1. Il rilievo dalla politica di concorrenza nell'attuale contesto di liberalizzazione degli scambi: i rapporti tra politica della concorrenza e politica commerciale. — 2. La tutela della concorrenza negli accordi commerciali. — 3. Le fattispecie rilevanti ai fini dell'elaborazione di una normativa antitrust. — 4. I criteri applicati dalle legislazioni nazionali per la valutazione degli effetti negativi derivanti dall'adozione di pratiche restrittive. — 5. La prassi statunitense e comunitaria in tema di applicazione extraterritoriale delle norme sulla concorrenza. — 6. Gli strumenti internazionali di cooperazione fra Stati in materia di concorrenza. — 7. Gli accordi fra Stati Uniti e Comunità europea in merito all'applicazione delle regole di concorrenza: gli strumenti di cooperazione previsti dall'Accordo del 1991. — 8. Il procedimento di cortesia attiva: elementi di novità nella disciplina del 1998. — 9. Le norme sullo scambio di informazioni tra autorità antitrust. — 10. L'inadeguatezza degli strumenti di cooperazione CE-USA ai fini di una tutela effettiva della competitività dei mercati

1. La crescente tendenza da parte degli Stati a costituire ed a partecipare a meccanismi di cooperazione internazionale ha determinato, nel corso dei decenni più recenti, l'instaurarsi di stretti rapporti in campo economico. La predisposizione di strumenti di collaborazione in materia commerciale, monetaria e finanziaria ha dato vita, infatti, ad un assetto delle relazioni internazionali caratterizzato da una forte integrazione e interdipendenza dei sistemi economici nazionali. Concentrando la nostra attenzione sui profili meramente commerciali del processo indicato, l'adesione al sistema commerciale multilaterale posto sotto l'egida dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio (1), prima, e dell'Organizzazione mondiale del commercio (2), oggi, nonché la costituzione di vaste zone di integrazione

(1) *The General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)*, concluso a Ginevra nel 1947, in *BISD* vol. IV, p. 1 ss.

(2) L'Accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio è incluso nel *Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, firmato a Marrakech nell'aprile del 1994 al termine dell'Uruguay Round, ottavo ciclo negoziale svoltosi sotto gli auspici del GATT. Per il testo ufficiale in inglese v. GATT, *The Results of the Uruguay Round of Multilateral*

regionale (sotto la forma di unioni doganali o di zone di libero scambio), hanno favorito la progressiva eliminazione delle barriere, tariffarie e non tariffarie, all'importazione e all'esportazione di beni e servizi e la formazione di un ampio consenso degli Stati intorno alla necessità di adeguare le rispettive politiche commerciali ai principi del liberismo economico.

Sebbene tali politiche siano elaborate in funzione di interessi particolaristici di crescita e sviluppo dell'attività produttiva (interessi che possono giustificare anche il ricorso a provvedimenti di chiusura dei mercati e di protezione dell'industria nazionale) (3), non può negarsi che la conclusione su scala multilaterale e regionale di numerosi accordi di cooperazione commerciale ha validamente contribuito ad una sostanziale apertura dei mercati. Ciò è tanto più vero ove si consideri che la sfera applicativa dei più recenti trattati si è progressivamente ampliata, arrivando a coprire oggi, oltre alla materia tariffaria e doganale, anche questioni non strettamente commerciali la cui regolamentazione interna può comunque produrre effetti restrittivi o discriminatori negli scambi di beni e/o servizi. A testimonianza di ciò concorrono gli accordi multilaterali allegati all'Accordo istitutivo dell'Organizzazione mondiale del commercio, i quali non solo regolano la condotta degli Stati in merito al ricorso ai consueti mezzi tariffari di protezione doganale, all'elaborazione delle normative tecniche e alla predisposizione di alcuni strumenti e procedimenti collegati all'attività di importazione e/o di esportazione (licenze e determinazione dell'origine e del valore delle merci), ma per alcune materie (investimenti e tutela dei diritti di proprietà intellettuale) definiscono, talvolta in modo dettagliato,

---

Trade Negotiations, Geneva, 1994. Per una traduzione non ufficiale in italiano v. *GUCE* L 336 del 23 dicembre 1994.

(3) La tutela degli interessi economici nazionali viene oggi attuata non solo ricorrendo alle misure protezionistiche tradizionali, il cui rilievo è indubbiamente minore rispetto al passato per effetto della liberalizzazione degli scambi operata sotto l'egida del GATT, quanto tramite alcuni strumenti « di seconda generazione », primi fra tutti le sanzioni commerciali unilaterali, gli accordi di restrizione volontaria delle esportazioni e un'applicazione particolarmente aggressiva delle norme antidumping. In tal senso v. (anche per ult. rif. bibl.) MUNARI, *Il diritto comunitario antitrust nel commercio internazionale: il caso dei trasporti marittimi*, Padova, 1993, p. 39 ss.; ADINOLFI, *L'Organizzazione mondiale del commercio. Profili istituzionali e normativi*, Padova, 2001, p. 35 ss.

il contenuto delle legislazioni statali, al fine di impedire che al momento dell'elaborazione o applicazione di queste si determini di fatto una discriminazione a favore delle produzioni nazionali.

La liberalizzazione degli scambi in tal modo conseguita ha prodotto un mutamento di considerevoli proporzioni nell'attività economica condotta all'interno di ciascuno Stato: all'eliminazione e riduzione di ostacoli all'esportazione e all'importazione ha fatto seguito, infatti, un ampliamento dei mercati di sbocco dei singoli operatori economici, oggi in grado di indirizzare le loro produzioni non solo verso un ristretto ambito locale o nazionale, ma anche verso i mercati internazionali. Da qui l'esigenza di elaborare attente strategie aziendali che consentano alle imprese di difendere la posizione detenuta sul mercato nazionale e, soprattutto, di servire i mercati esteri soddisfacendo la domanda ivi localizzata e porsi così accanto agli (o al posto degli) eventuali produttori stranieri. Tale circostanza ha determinato, nel corso degli anni, un significativo aumento del livello di concorrenza sia sul piano internazionale, sia all'interno dei mercati dei singoli Stati.

In questo contesto, posta l'eliminazione e l'abbassamento degli ostacoli « pubblici » all'importazione e all'esportazione, i legislatori nazionali hanno dovuto prendere nella dovuta considerazione l'ipotesi che i benefici derivanti dalla liberalizzazione degli scambi potessero essere compromessi da pratiche adottate dalle imprese allo scopo di rafforzare il loro potere di mercato che di fatto implicano una restrizione della concorrenza. Si è così avvertita la necessità di elaborare apposite normative che garantiscano il libero gioco dei meccanismi di mercato e che, in particolare, consentano il mantenimento di condizioni di efficienza produttiva e allocativa. L'obiettivo delle politiche antitrust così predisposte è, in termini generali, quello di assicurare la presenza sui mercati delle imprese che realizzano la propria attività caratteristica tramite uno sfruttamento ottimale delle economie di scala (contribuendo così ad un'allocazione efficiente delle risorse produttive all'interno del sistema economico di riferimento) e di tutelare la libertà di scelta dei consumatori o, più in generale, degli utilizzatori del bene o servizio in questione. La nozione rilevante di competitività dei mercati ha progressivamente acquisito una duplice qualificazione, in base alla quale una pratica restrittiva sussiste quando essa si propone o ha l'ef-

fetto di eliminare dal mercato gli operatori economici già esistenti (cosiddetta « concorrenza effettiva ») ovvero scoraggia l'entrata di nuovi soggetti economici nel medesimo settore produttivo (cosiddetta « concorrenza potenziale »).

Nel perseguire gli obiettivi indicati, la politica di concorrenza si pone in uno stretto rapporto di complementarità rispetto alla politica commerciale, nel senso che quest'ultima può tanto più facilmente perseguire l'obiettivo dell'apertura dei mercati quanto più la prima dispone degli strumenti normativi, amministrativi e giurisdizionali atti ad impedire che gli operatori privati pongano in essere una condotta che abbia l'effetto di inibire la permanenza dei concorrenti (nazionali e stranieri) già esistenti o l'accesso al mercato di riferimento di nuovi operatori (nazionali e stranieri) (4).

Il rapporto tra politica antitrust e politica commerciale può essere tuttavia ricostruito anche in termini differenti, nel senso di una incompatibilità tra gli obiettivi perseguiti dagli strumenti adottati nell'ambito di ciascuna: da un lato, infatti, l'incompleta formulazione della disciplina antitrust, così come l'esistenza di deroghe ed eccezioni alla sua applicazione, possono di fatto rafforzare la posizione dei produttori nazionali e comportare l'introduzione di ostacoli all'accesso al mercato; dall'altro, l'adozione di misure di restrizione commerciale non solo limita le importazioni e riduce o elimina la presenza sul mercato interno dei produttori stranieri, ma può spingere i produttori nazionali ad adottare comportamenti anticompetitivi.

2. Il rilievo della competitività dei mercati al fine della liberalizzazione degli scambi è dimostrato dall'esistenza, negli strumenti normativi in materia commerciale, di disposizioni più

---

(4) Per una ricostruzione dettagliata delle differenze e similarità degli obiettivi e degli strumenti della politica commerciale e della politica antitrust, v. il rapporto adottato nel 1998 dal *Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy* istituito nell'ambito dell'OMC (WTO doc. WT/WGTCP/2 dell'8 dicembre 1998). V. anche OECD doc. COM/TD/DAFFE/CLP(98)98/FINAL *Complementarities between Trade and Competition Policies* del 28 gennaio 1999 e OECD doc. COM/TD/DAFFE/CLP(98)25/FINAL *Consistencies and Inconsistencies between Trade and Competition Policy* del 24 febbraio 1999.

o meno articolate volte a tutelare il libero gioco della concorrenza. Ciò può essere sicuramente affermato con riguardo al Trattato CE, laddove la disciplina contenuta negli artt. 81 e seguenti (ex artt. 85 e seguenti) costituisce il completamento necessario della normativa sull'unione doganale (5): la creazione di un unico mercato, nel cui ambito possano circolare liberamente merci, servizi e fattori produttivi, non potrebbe essere realizzata senza la predisposizione di un adeguato sistema normativo che impedisca la messa in opera da parte degli Stati o degli operatori economici privati di operazioni in grado di limitare o impedire l'accesso ai mercati nazionali. Questa disciplina è poi ripresa, seppur con le opportune modifiche, dai numerosi accordi conclusi dalla Comunità in materia economica. La creazione di zone di libero scambio o di unioni doganali, o più semplicemente l'avvio di rapporti di più stretta collaborazione, sono infatti accompagnati dall'introduzione di norme che sanciscono il divieto di determinati comportamenti degli operatori privati (6) o un impegno dei contraenti ad adottare e applicare una legislazione che garantisca il mantenimento di condizioni di competitività sui mercati (7).

Su un piano multilaterale, il sistema degli accordi che fa capo all'Organizzazione mondiale del commercio costituisce un'ulteriore testimonianza dello stretto rapporto di complementarità tra politica commerciale e politica antitrust (8). In termini gene-

---

(5) Tale aspetto è ben messo in evidenza in TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2001, p. 525 ss.

(6) V. in tal senso gli Accordi europei conclusi dalla Comunità con i Paesi dell'Europa centro-orientale o gli accordi di partenariato euro-mediterraneo. A titolo di esempio, cfr. l'art. 63 dell'accordo con la Polonia (in *GUCE* L 348 del 31 dicembre 1993, p. 2 ss.).

(7) V. ad esempio l'art. 53 dell'accordo di partenariato con la Federazione russa (in *GUCE* L 327 del 28 novembre 1997, p. 3 ss.).

(8) Per una disamina delle norme OMC che prendono in considerazione la creazione o il mantenimento di condizioni di competitività sui mercati v. PETERSMANN, *International Competition Rules for the GATT-MTO World Legal System*, in *JWT*, 1993, n. 6, p. 35 ss.; HINDLEY, *Competition Law and the WTO: Alternative Structures for Agreement*, in BHAGWATI, HUDEC (ed. by), *Fair Trade and Harmonization. Prerequisites for Free Trade? Volume 2: Legal Analysis*, Cambridge, London, 1996, p. 333 ss.; MALAGUTI, *Restrictive Business Practice in International Trade and the Role of the World Trade Organization*, in *JWT*, 1998, n. 3, p. 117 ss.; DAVIDOW, *Antitrust Issues arising out of Actual or Potential Enforcement of Trade*

rali, può sicuramente affermarsi come gli obiettivi del sistema commerciale multilaterale attualmente in vigore siano la rimozione degli ostacoli agli scambi e il mantenimento delle relazioni concorrenziali che si vengono così a creare. Più in particolare, gli Accordi allegati contengono in alcuni casi disposizioni che, sebbene fortemente eterogenee quanto al loro contenuto, presentano il comune carattere di fare riferimento alla necessità di creare e preservare condizioni di competitività sui mercati (9). Si tratta, naturalmente, di norme indirizzate agli Stati e non riguardanti direttamente la condotta delle imprese, il cui fine è comunque di impedire l'adozione di misure in grado di influire (direttamente o indirettamente) sulla concorrenza e di pregiudicare così la possibilità che abbia luogo un'apertura dei mercati secondo le modalità previste dalle norme in materia commerciale.

Laws, in *JIEL*, 1999, p. 681 ss.; OECD doc. COM/TD/DAFFE/CLP(98)26/FINAL *Competition Elements in International Trade Agreements: A Post-Uruguay Round Overview of WTO Agreements* del 28 gennaio 1999. Sulla possibilità di sottoporre controversie in materia di concorrenza agli organi dell'OMC v. VERMULST, *A European Practitioner's View of the GATT System. Should Competition Law Violations Distorting International Trade Be Subject to GATT Panels?*, in *JWT*, 1993, n. 2, p. 55 ss.; GIARDINA, BEVIGLIA ZAMPETTI, *Settling Competition-Related Disputes. The Arbitration Alternative in the WTO Framework*, in *JWT*, 1997, n. 6, p. 5 ss.; MAVROIDIS, VAN SICLEN, *The Application of the GATT/WTO Dispute Resolution System to Competition Issues*, in *JWT*, 1997, n. 5, p. 5 ss.; JUNG, *Modelling a WTO Dispute Settlement Mechanism in an International Antitrust Agreement. An Impossible Dream?*, in *JWT*, 2000, n. 1, p. 89 ss.

(9) Sempre sul piano multilaterale, norme specifiche sulla competitività dei mercati erano inserite nell'accordo istitutivo dell'*International Trade Organization* (ITO), concluso (ma mai entrato in vigore) all'indomani del secondo conflitto mondiale allo scopo di regolare la cooperazione tra Stati in materia commerciale. Il Capitolo V dell'accordo imponeva ai membri dell'ITO l'obbligo di cooperare e di adottare le misure necessarie per impedire l'adozione di pratiche commerciali restrittive e per limitare gli effetti negativi delle stesse sull'espansione degli scambi e della produzione (artt. 46, 48, par. 7 e 50). All'ITO era poi conferito un potere di indagine e valutazione delle condotte anticoncorrenziali (art. 52). La questione del rapporto tra politica commerciale e politica della concorrenza si è posta anche nel corso dei lavori del GATT, seppur giungendo a risultati limitati. Sulla base del rapporto presentato da un apposito gruppo di lavoro (GATT doc. L/1015 *Restrictive Business Practices. Arrangements for Consultations*, in *BISD* 9, p. 170 ss.), nel 1960 le Parti Contraenti adottarono un documento che si limitava a raccomandare agli Stati di avviare consultazioni bilaterali ove queste fossero state richieste (in *BISD* 9, p. 28 ss.).

La tutela della competitività è anzitutto contemplata dalle disposizioni OMC sul trattamento nazionale (10). Secondo l'interpretazione fornita dagli organi contenziosi GATT e OMC, il rispetto dell'art. III GATT (in particolare i parr. 2 e 4 in materia di imposizione fiscale e di condizioni di vendita, messa in vendita, acquisto, trasporto, distribuzione e utilizzo di merci) da parte degli Stati garantisce indirettamente il mantenimento di relazioni concorrenziali tra prodotti nazionali e prodotti importati, indipendentemente (per quanto riguarda il par. 2) dal volume degli scambi commerciali interessati (11); similmente, il par. 3 dell'art. XVII GATS dispone che vi è violazione del principio del trattamento nazionale ogniqualvolta la legislazione interna determini condizioni di concorrenza favorevoli ai servizi e prestatori di servizi nazionali e a danno dei servizi e prestatori di servizi stranie-

---

(10) Oltre che nelle norme indicate nel seguito del testo, il rispetto del principio del trattamento nazionale è contemplato anche dall'art. III dell'Accordo plurilaterale sugli appalti pubblici, cui partecipano solo alcuni membri dell'OMC.

(11) Per il par. 2, v. per tutti GATT doc. L/6175 *United States — Taxes on Petroleum and Certain Imported Products*, in *BISD* 34, p. 136 ss., par. 5.1.9: « Article III:2, first sentence, obliges contracting parties to establish certain competitive conditions for imported products in relation to domestic products. Unlike some other provisions in the General Agreement, it does not refer to trade effects. ... Article III:2 ... protects expectations on the competitive relationship between imported and domestic products ». In relazione al par. 4 v. invece GATT doc. L/833 *Italian Discrimination against Imported Agricultural Machinery*, in *BISD* 7, p. 60 ss., par. 12: « ... the text of paragraph 4 referred ... to laws and regulations and requirements affecting internal sale, purchase, etc. and not to laws, regulations and requirements governing the conditions of sale or purchase. The selection of the word ''affecting'' would imply... that the drafters of the Article intended to cover in paragraph 4 not only the laws and regulations which directly governed the conditions of sale or purchase but also any laws or regulations which might adversely modify the conditions of competition between the domestic and imported products on the internal market ». Diversa è la questione se il par. 4 si estenda anche alle legislazioni nazionali in materia di concorrenza: ove questo fosse il caso, può giustamente sostenersi che la disposizione sarebbe ben lontana dall'imporre agli Stati l'adozione di una simile normativa, ma si limiterebbe a prescrivere che la sua applicazione avvenga in modo da non arrecare pregiudizio ai rapporti competitivi tra produttori nazionali e produttori stranieri. Sulla questione v. OECD doc. COM/TD/DAFFE/CLP(98)26/FINAL, cit. All'art. III GATT può essere collegato l'Accordo allegato in materia di investimenti, nella misura in cui esso impone agli Stati il divieto di adottare provvedimenti in materia di investimenti che, creando una situazione di vantaggio a beneficio dei produttori nazionali, siano incompatibili con il principio del trattamento nazionale.

ri, tramite l'applicazione ai secondi di condizioni formalmente diverse (o anche identiche) rispetto a quelle riservate ai primi (12). Fanno riferimento, seppur indirettamente, alla competitività dei mercati anche gli accordi allegati sulle barriere tecniche (Accordo sugli ostacoli tecnici agli scambi e Accordi sulle misure sanitarie e fitosanitarie) e, nell'ambito del GATS, le norme sulla concessione di licenze o di certificati per la prestazione di servizi (art. VII): infatti, nella misura in cui le legislazioni nazionali o i competenti organismi tecnici non governativi adottino nelle materie indicate criteri differenti, l'impossibilità di commercializzare beni o servizi su un mercato diverso da quello nazionale determina una modifica delle condizioni di concorrenza che altrimenti esisterebbero in presenza di normative coerenti. Da qui il necessario riferimento alla conclusione di accordi bilaterali per il reciproco riconoscimento dei criteri adottati dalla controparte o anche il rinvio ai parametri eventualmente concordati a livello multilaterale nell'ambito dei competenti organismi tecnici, governativi o non governativi.

Un divieto di adottare misure che direttamente possano influire sulla competitività dei mercati è poi contemplato sia dall'Accordo sulle misure di salvaguardia, nella parte in cui stabilisce il divieto di ricorrere a restrizioni volontarie delle esportazioni e a misure analoghe (art. 11, par. 1), sia dall'Accordo sulle sovvenzioni, che introduce specifici limiti per la concessione di aiuti di Stato ai settori produttivi nazionali. Un ulteriore divieto può essere inoltre ricostruito in base al contenuto dell'art. XI GATT, in materia di restrizioni quantitative all'importazione o all'esportazione. Uno Stato che consenta la costituzione di cartelli all'esportazione, tramite l'adozione di legislazioni nazionali particolarmente flessibili o a causa della mancata previsione di un divieto di tali pratiche, sarebbe infatti responsabile di un illecito internazionale nella misura in cui un simile cartello ponga una limitazione alle esportazioni e determini sui mercati esteri

(12) In tal senso, v. anche l'obbligo per gli Stati di adoperarsi, nel settore dei servizi finanziari, per rimuovere o ridurre gli effetti negativi che possono derivare dall'esistenza di misure di per sé non discriminatorie, ma che di fatto limitano la capacità dei fornitori stranieri di operare, competere o entrare sul mercato interno (v. il par. 10 dell'Intesa sugli impegni nel settore dei servizi finanziari, inclusa nell'Atto finale dell'Uruguay Round).

prezzi diversi da quelli che sarebbero altrimenti applicati in condizioni di competitività (13).

Infine, posto che il sistema OMC non impone direttamente la predisposizione di sistemi economici di stampo liberista, talune disposizioni mirano ad impedire che possa sussistere un pregiudizio ai flussi di interscambio commerciale ove la struttura di mercato di un particolare bene o servizio abbia una configurazione tale da implicare di fatto una limitazione della concorrenza. Può farsi qui riferimento all'art. II, par. 4 GATT, per il quale i monopoli all'importazione non devono adottare pratiche in grado di privare di ogni efficacia gli impegni tariffari assunti dallo Stato per il bene in questione; all'art. XVII GATT, che pone il rispetto di obblighi di non discriminazione e di non restrizione degli scambi in relazione all'attività delle imprese commerciali di Stato; all'art. VIII GATS, che contempla l'adozione di misure atte a garantire che i fornitori di servizi operanti in regime di monopolio si attengano alla clausola della nazione più favorita e agli impegni specifici assunti dallo Stato nazionale e non abusino della loro posizione ove eroghino, in condizioni di concorrenza, un servizio (incluso nella lista di impegni specifici dello Stato nazionale) diverso da quello cui si riferisce la loro attività caratteristica. Possiamo infine richiamare l'Allegato e il *Reference Paper* sugli scambi di servizi di telecomunicazione, nella parte in cui contemplano la possibilità per qualsiasi operatore del settore di connettersi alle reti e alle infrastrutture dei fornitori principali già esistenti e l'adozione delle misure necessarie ad impedire che questi ultimi pongano in essere pratiche anticoncorrenziali (14).

Nel settore dei servizi, inoltre, le norme OMC in alcuni casi

---

(13) In tal senso si è espresso il panel chiamato a pronunciarsi circa la legittimità della condotta del governo giapponese relativa alle esportazioni di semiconduttori: GATT doc. L/6309 *Japan — Trade in Semi-Conductors*, in *BISD* 35, p. 116 ss., par. 106: « any measure instituted or maintained by a contracting party which restricted the exportation or sale for export of products was covered by this provision, irrespective of the legal status of the measure »; il panel specifica poi che devono essere soddisfatte due condizioni affinché un provvedimento non obbligatorio adottato da pubbliche autorità possa rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. XI: « first, there were reasonable grounds to believe that sufficient incentives or disincentives existed for non-mandatory measures to take effect. Second, the operation of measures to restrict export was essentially dependent on Government action or intervention » (par. 109).

(14) Il particolare rilievo conferito dalle norme OMC all'esigenza di pro-

impongono agli Stati, seppur tramite disposizioni generiche, di modificare la struttura dei mercati, cooperando con i propri partner commerciali (tramite l'avvio di consultazioni e lo scambio di informazioni non confidenziali) allo scopo di eliminare quelle pratiche restrittive della concorrenza (diverse dai monopoli) che limitino gli scambi (art. IX GATS) o abolendo le situazioni di privilegio esistenti in uno specifico segmento che possano risolversi in un danno per i concorrenti (come, ad esempio, i diritti di monopolio previsti dal par. 1 dell'Intesa sugli scambi di servizi finanziari).

Una menzione a parte meritano poi alcune norme dell'Accordo sugli aspetti dei diritti di proprietà intellettuale attinenti al commercio, il cui fine è impedire che un'eccessiva tutela delle opere artistiche e dell'ingegno si traduca in una barriera all'interscambio commerciale e, per l'appunto, in un'indebita restrizione della concorrenza. L'art. 8 autorizza i membri dell'OMC ad adottare misure atte ad impedire un abuso dei diritti di proprietà intellettuale da parte dei titolari dei medesimi o il ricorso a pratiche che comportino un'ingiustificata limitazione all'interscambio commerciale e ai trasferimenti internazionali di tecnologie. L'art. 40, dal canto suo, riconosce la possibilità che l'esistenza all'interno degli ordinamenti nazionali di meccanismi contrattuali di licenza sui diritti di proprietà intellettuale possa determinare una restrizione della concorrenza, e quindi degli scambi: in tale contesto, gli Stati sono invitati a specificare in quali casi le condizioni e le modalità di concessione delle licenze indicate possano costituire un abuso dei diritti in questione e ad adottare misure intese ad impedire o controllare tali pratiche.

---

muovere la competitività nel settore dei servizi di telecomunicazione è stato ampiamente sottolineato dalla dottrina. Tra gli altri v. BRONCKERS, LAROUCHE, *Telecommunications Services and the World Trade Organization*, in *JWT*, 1997, n. 5, p. 5 ss.; BRONCKERS, *Trade and Competition Interlinkages: The Case of Telecom*, Draft Contribution to « Trade and Competition in the WTO and Beyond », Fondazione Eni Enrico Mattei, Venice, December 4-5, 1998; TOSATO, *La liberalizzazione delle telecomunicazioni*, in SIDI, Società italiana di diritto internazionale, *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Napoli, 1998 p. 211 ss.; VENTURINI, *Servizi di telecomunicazione e concorrenza nel diritto internazionale e comunitario*, Torino, 1999, 2 ed., p. 184 ss. (in particolare p. 210 ss.). V. anche OECD doc. COM/TD/DAFFE/-CLP(99)12/FINAL *Implications of the WTO Agreement on Basic Telecommunications* del 20 luglio 1999.

3. La normativa antitrust si compone di disposizioni dirette a regolare due fattispecie assai generali: le intese restrittive della concorrenza e lo sfruttamento abusivo di posizione dominante, cui si affianca la disciplina sulle operazioni di concentrazione (15).

Per quanto concerne la prima fattispecie indicata, vengono in rilievo le intese concluse tra due o più imprese allo scopo di coordinare o unificare la propria attività e beneficiare così sia delle eventuali economie di scala, sia del trasferimento di conoscenze. Facciamo qui riferimento agli accordi tra imprese, alle decisioni di associazioni di imprese e alle pratiche concordate, le quali possono assumere una dimensione « orizzontale » o « verticale »: le une sono concluse fra imprese che operano al medesimo stadio del processo di distribuzione e di produzione, le altre invece tra imprese la cui attività caratteristica è collocata su livelli differenti.

Gli accordi orizzontali sono in genere oggetto di una valutazione negativa, dal momento che essi si propongono di eliminare la concorrenza sul mercato rilevante, alzare i prezzi e limitare la produzione, a detrimento, in definitiva, della posizione dei consumatori, incapaci di esercitare una influenza di rilievo sulle condizioni di acquisto stabilite dal produttore. Per le intese verticali, al contrario, si è affermata la tendenza a valutare caso per caso i loro effetti sulla competitività dei mercati, in base ad un test di ragionevolezza opportunamente definito (16). Effetti positivi possono derivare da un maggior coordinamento delle decisioni adottate da imprese indipendenti, che operano su dif-

---

(15) V., tra gli altri, MOAVERO MILANESI, *Antitrust e concentrazioni tra imprese nel diritto comunitario*, Milano, 1992; SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, Milano, 1995; CALAMIA, *Il diritto comunitario delle imprese e la concorrenza*, Pisa, 1999; MERCIER, MACH, GILLIÉRON, AFFOLTER, *Grands principes du droit de la concurrence*, Bruxelles, 1999.

(16) Per una rassegna v. *Libro verde sulle restrizioni verticali nella politica della concorrenza comunitaria* COM (96) 721 def. del 22 gennaio 1997, p. 20 ss. e OECD doc. COM/DAFFE/CLP/TD(99)54 *Competition and Trade Effects of Vertical Restraints* del 21 maggio 1999. Sui recenti sviluppi della normativa comunitaria sulle intese verticali v. MANZINI, *La riforma della disciplina comunitaria delle restrizioni verticali della concorrenza*, in *DUE*, 1999, p. 551 ss.; RINALDI, *Il nuovo regolamento della Commissione europea sugli accordi verticali*, in *DCI*, 2000, p. 479 ss.; WHISH, *Regulation 2790/99: The Commission's « New Style » Block Exemption for Vertical Agreements*, in *CMLR*, 2000, p. 887 ss.

ferenti stadi della catena produttivo-distributiva di un particolare bene o servizio: infatti, nell'ipotesi in cui a livello di distribuzione e/o di produzione vi sia un sufficiente grado di concorrenza, tale coordinamento potrebbe consentire di definire secondo criteri di efficienza le caratteristiche e le condizioni di vendita e di distribuzione del prodotto o servizio in questione. In condizioni diverse, ove le imprese interessate operino su un mercato non competitivo, gli accordi verticali potrebbero invece determinare una diminuzione del benessere del consumatore, così come una restrizione della concorrenza tra marchi a causa dell'introduzione di nuove barriere all'entrata sul mercato rilevante.

Inoltre, la normativa antitrust dedica ampio spazio al fenomeno dello « sfruttamento abusivo di posizione dominante », vietando alle imprese che già esercitano un rilevante potere di mercato di rafforzare la propria posizione tramite una condotta anticompetitiva.

Infine, i recenti processi di trasferimento internazionale di capitali hanno portato all'attenzione degli operatori giuridici ed economici gli effetti dei fenomeni di concentrazione sulla competitività dei mercati. Così come per gli accordi verticali, anche per le operazioni di fusione, partecipazione al capitale o costituzione di imprese comuni (cosiddette *joint-ventures*), cui i processi di concentrazione vengono normalmente ricondotti, si pone l'esigenza di condurre un'analisi comparativa, che prenda nella dovuta considerazione le conseguenze complessive di carattere economico che possono scaturire dalle medesime.

4. La regolamentazione antitrust si articola di solito secondo due schemi di valutazione: lo schema del divieto e lo schema della liceità o del controllo. Le pratiche che rientrano nel primo sono in linea di principio vietate, laddove quelle cui si applica il secondo sono considerate legittime fintantoché l'autorità competente non adotti una decisione che vieti la loro attuazione.

Alcune specificazioni, tuttavia, si rendono necessarie. In primo luogo, le disposizioni in materia antitrust non pongono un divieto in termini assoluti nei confronti di qualsiasi intesa, concentrazione o abuso di posizione dominante, ma piuttosto operano una qualificazione, indicando le condizioni che devono

ricorrere affinché l'interdizione divenga operativa. Tali condizioni attengono, generalmente, alla dimensione e agli effetti della pratica: nell'ambito della Comunità europea, ad esempio, la normativa sulle concentrazioni si applica solo nei confronti di operazioni di « dimensione comunitaria » (ovvero che coinvolgano imprese che realizzano, a livello mondiale e nel mercato comune, un fatturato superiore a valori predeterminati) che creino o rafforzino una posizione dominante e da cui risulti un ostacolo significativo alla concorrenza effettiva nel mercato comune o in una parte sostanziale di esso (17); l'art. 81 (ex art. 85) del Trattato di Roma, dal canto suo, dichiara incompatibili con il mercato comune, quindi vietate, le intese che pregiudichino gli scambi tra gli Stati CE e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato. Nella legislazione statunitense, la Sezione 1 dello *Sherman Act* del 1890 prevede invece l'illiceità di ogni intesa tra imprese che abbia l'effetto di ridurre gli scambi commerciali all'interno del Paese o nei confronti di Stati terzi (18); il *Clayton Act* del 1914 pone il divieto di operazioni di concentrazione che comportino una riduzione della concorrenza sul mercato dei prodotti interessati o la creazione di una posizione monopolistica (19).

Il divieto, inoltre, è suscettibile di alcune eccezioni, elaborate al fine di consentire alla preposta autorità di valutare (di propria iniziativa o su richiesta dell'interessato) la possibilità che la pratica in questione consenta il perseguimento di obiettivi o di interessi giudicati meritevoli di tutela. Riprendendo l'esempio precedentemente riportato, nella Comunità europea la Commissione può dichiarare non applicabile il divieto delle intese a condizione che gli effetti restrittivi sugli scambi e sulla concorrenza siano compensati da un miglioramento del progresso tecnico, della produzione o della distribuzione del bene o servizio in questione o anche dall'attribuzione all'utilizzatore finale di que-

(17) Regolamento (CEE) n. 4064/89, in *GUCE* L 395 del 31 dicembre 1989, p. 1 ss., modificato dal Regolamento (CE) n. 1310/97, in *GUCE* L 180 del 9 luglio 1997, p. 1 ss.

(18) V. 15 U.S.C. § 1. La legislazione statunitense citata nel presente lavoro è reperibile sul sito web www4.law.cornell.edu/uscode.

(19) V. 15 U.S.C. § 18.

st'ultimo di una congrua parte dell'utile che traggono le imprese interessate (ad esempio, tramite l'applicazione di un minor prezzo di vendita).

In definitiva, nel predisporre schemi di divieto o specifici regimi di autorizzazione, i legislatori nazionali sono chiamati a definire il livello di restrizione della concorrenza che essi sono disposti ad accettare sui mercati interni, superato il quale entrano in gioco i sistemi di vigilanza e/o di sanzione predisposti. La qualificazione degli effetti anticompetitivi che si vogliono limitare o eliminare viene, a sua volta, condotta in funzione delle finalità proprie della disciplina antitrust: nell'ordinamento statunitense, ad esempio, preminente è la considerazione della posizione sul mercato del consumatore, laddove nell'ordinamento comunitario la politica della concorrenza è concepita quale strumento volto a favorire l'integrazione nel mercato comune e trova quindi applicazione ogniqualvolta l'adozione di pratiche restrittive comprometta (o minacci di compromettere) il commercio intracomunitario. Al contempo, nell'elaborazione delle normative antitrust possono assumere un peso rilevante anche considerazioni non collegate alla competitività dei mercati, ma che rivestono un più spiccato carattere socio-politico: in quest'ottica devono essere lette quelle disposizioni che definiscono la legittimità di una particolare condotta in base agli effetti che la stessa può avere, ad esempio, sui livelli di occupazione o di benessere sociale, sulla tutela dell'ambiente o sullo sviluppo di regioni o settori produttivi che presentano delle deficienze strutturali.

Gli schemi di divieto o di liceità sono spesso formulati in termini vaghi e imprecisi. In linea di principio, può infatti sostenersi che le norme antitrust fanno riferimento al semplice obiettivo di impedire che sul mercato interno venga falsato il gioco della concorrenza in modo da generare determinate conseguenze negative per i consumatori e/o i produttori nazionali. Si pone tuttavia la questione di stabilire se e in quale misura il loro ambito di applicazione si estenda a fattispecie nelle quali la riduzione della competitività sul mercato interno sorga per effetto di pratiche restrittive adottate all'estero da operatori economici stranieri. Ipotesi, quest'ultima, tanto più realistica ove si prenda nella giusta considerazione l'apertura dei mercati e la crescente integrazione e interdipendenza tra le economie nazionali.

Nel corso degli anni, infatti, l'approfondirsi dei rapporti

economici tra Stati ha conferito particolare importanza a fattispecie anticompetitive che presentano un carattere transnazionale, ovvero che incidono sulla competitività dei mercati su scala internazionale (ove il mercato geografico rilevante per la valutazione dell'operazione superi le frontiere dei singoli Stati) o all'interno di uno o più Stati, diversi da quello in cui l'operazione ha luogo (20). Tale fenomeno può essere sicuramente ricondotto ai cartelli internazionali (costituiti tra i produttori di un medesimo bene allo scopo di determinare di comune accordo i prezzi e/o le quantità collocate sul mercato mondiale o di operare una ripartizione dei mercati di sbocco, all'interno dei quali, poi, ciascuno detiene una posizione di monopolio) e ai cartelli all'esportazione (che consentono alle imprese esportatrici di un particolare bene o servizio di regolare il prezzo praticato sui mercati stranieri). Vengono, inoltre, in rilievo l'ipotesi in cui un operatore monopolista sia in grado di esercitare il proprio potere in un ambito geografico multinazionale (e di determinare così le condizioni di acquisto del bene o del servizio offerto in tutti gli Stati coinvolti); lo sfruttamento abusivo di posizione dominante in un mercato diverso da quello in cui la posizione stessa è detenuta (tramite, per esempio, il ricorso a strategie di prezzi predatori); infine, particolari operazioni di concentrazione che comportano una restrizione della concorrenza all'estero grazie all'acquisizione di un rilevante potere di mercato.

In mancanza di una normativa antitrust concordata a livello multilaterale in grado di reprimere le pratiche restrittive di dimensione internazionale, si è registrata una crescente tendenza da parte dei legislatori nazionali a predisporre l'adozione di strumenti di politica della concorrenza, interna e internazionale (21), diretti a colpire i comportamenti che esplicano i loro effetti restrittivi non solo sul mercato interno, ma anche sui mercati internazionali. Si sono così legittimati provvedimenti con i quali le autorità nazionali antitrust hanno sanzionato la condotta adotta-

(20) V. MITCHELL, *Broadening the Vision of Trade Liberalisation. International Competition Law and the WTO*, in *World Competition*, 2001, p. 343 ss., p. 347 ss.

(21) Per una ricostruzione delle differenze e affinità tra la politica della concorrenza internazionale e la politica della concorrenza interna v. MUNARI, *op. cit.*, p. 12 ss.

ta all'estero da operatori economici stranieri, nella misura in cui questa si rivelasse suscettibile di modificare la struttura di mercato e di falsare il gioco della concorrenza in modo pregiudizievole per i produttori concorrenti, per i consumatori o per gli utilizzatori finali nazionali del bene o del servizio in questione.

5. La questione dell'applicazione extraterritoriale delle normative nazionali in materia di concorrenza ha assunto un particolare rilievo nella prassi degli Stati Uniti e della Comunità europea (22). Con sempre maggiore frequenza, infatti, gli organi amministrativi e giurisdizionali competenti hanno sottoposto ad indagine e adottato specifici provvedimenti nei riguardi di imprese straniere considerate responsabili di avere posto in essere una condotta anticoncorrenziale suscettibile di turbare il naturale funzionamento dei meccanismi di mercato.

La giustificazione di una simile tendenza viene ricostruita,

---

(22) In dottrina v., anche per ult. rif. bibl., JENNINGS, *Extraterritorial Jurisdictions and the United States Antitrust Legislation*, in *BYIL*, 1957, p. 146 ss.; GOLDMAN, *Les champs d'application territoriale des lois de concurrance*, in *Recueil des Cours*, 1969 (128), p. 245; LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione internazionale*, Milano, 1972, p. 89 ss.; ALLEN, *The Development of European Community Antitrust Jurisdiction over Alien Undertakings*, in *LIEI*, 1974, p. 35 ss.; MEESSEN, *Antitrust Jurisdiction under Customary International Law*, in *AJIL*, 1984, p. 783 ss.; DEMARET, *L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques: une question de droit ou de diplomatie?*, in *JDI*, 1985, p. 1 ss.; KOVAR, *Droit communautaire de la concurrence et droit international*, in *CDE*, 1986, p. 127 ss.; CHRISTOFOROU, ROCKWELL, *European Economic Community Law: The Territorial Scope of Application of EEC Antitrust Law*, in *HILJ*, 1989, p. 195 ss.; LANGE, SANDAGE, *The Wood Pulp Decision and its Implications for the Scope of EC Competition Law*, in *CMLR*, 1989, p. 137 ss.; MARESCA, *Riflessioni sull'ambito di applicazione dell'ordinamento comunitario in materia di concorrenza*, in *RDIPP*, 1989, p. 821 ss.; PICONE, *L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il diritto internazionale*, in CAPOTORTI, DI SABATO, PATRONI GRIFFI, PICONE, UBERTAZZI, *Il fenomeno della concentrazione di imprese nel diritto interno e internazionale*, Padova, 1989, p. 81 ss.; ID., *Tutela della concorrenza*, in PICONE, SACERDOTI, *Diritto internazionale dell'economia*, Milano, 1989, p. 865 ss.; ALFORD, *The Extraterritorial Application of Antitrust Laws: The United States and European Community Approach*, in *Virginia JIL*, 1992, vol. 33 n. 1, p. 1 ss.; ROTH, *Reasonable Extraterritoriality: Correcting the « Balance of Interests »*, in *ICLQ*, 1992, p. 245 ss.; MUNARI, *op. cit.*, p. 175 ss.; BAVASSO, *Gencor: A Judicial Review of the Commission's Policy and Practice. Many Lights and Some Shadows*, in *World Competition*, 1999, p. 45 ss.

dalla giurisprudenza e dalla dottrina, sulla base di differenti approcci.

Nella giurisprudenza statunitense, la posizione inizialmente assunta dalla Corte Suprema, secondo la quale la liceità o l'illiceità di una condotta anticompetitiva doveva essere determinata in base all'ordinamento dello Stato in cui la stessa aveva avuto luogo (principio di territorialità) (23), venne radicalmente modificata nel 1945, in occasione del celebre caso *Alcoa* (24). In quella sede, infatti, la Corte affermò che la legislazione antitrust statunitense può applicarsi anche nei riguardi di stranieri che pongono in essere all'estero comportamenti anticoncorrenziali suscettibili di produrre effetti all'interno degli Stati Uniti (teoria degli effetti) (25). Appare evidente il carattere vago ed esteso della nozione di « effetto » adottata (qualificata solo dall'elemento della *intenzionalità*), che si prestava così a giustificare in un largo numero di casi la sottoposizione di operatori economici stranieri ai comandi normativi dell'ordinamento USA. Onde ovviare alle difficoltà politico-diplomatiche che sarebbero potute sorgere nei rapporti con gli Stati di sede delle imprese colpite dai provvedimenti esecutivi e al fine di creare condizioni di certezza giuridica, il criterio in esame è stato oggetto di una radicale evoluzione che ha ricevuto una definitiva formalizzazione sul piano normativo nel 1982, con l'adozione del *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* (26). Quest'ultimo qualifica con maggiore precisione le conseguenze che devono ricorrere affinché comportamenti adottati all'estero possano rientrare nella sfera

---

(23) Il caso di specie riguardava l'applicazione dello *Sherman Act* nei riguardi di una fattispecie che aveva avuto luogo in Centro America: *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 317 (1909): « the general and most universal rule is that the character of an act as lawful or unlawful must be determined wholly by the law of the country where the act is done. ... For another jurisdiction, if it should happen to lay hold of the actor, to treat him according to its own notions rather than those of the place where he did the acts, not only would be unjust, but would be an interference with the authority of another sovereign, contrary to the comity of nations ».

(24) United States v. Aluminium Co. of Am., 148 F.2d 416 (2nd Cir. 1945).

(25) « ... it is settled law that any State may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for a conduct outside its borders that has consequences within its borders ».

(26) V. 15 U.S.C. § 6.a).

applicativa della legislazione antitrust USA, prescrivendo che i loro effetti debbano essere *diretti, sostanziali* e *ragionevolmente prevedibili*. La tendenza ad una qualificazione degli effetti ha ricevuto un'ulteriore conferma giurisprudenziale in tempi più recenti: nel 1993 la Corte Suprema ha confermato che lo *Sherman Act* si applica anche nei riguardi di una condotta adottata all'estero che abbia per scopo e per effetto di produrre conseguenze sostanziali all'interno degli Stati Uniti (27).

Un approccio differente (ma non per questo contrastante con il criterio degli effetti), che tiene conto delle esigenze di cooperazione tra Stati in materia di concorrenza, venne introdotto dalla giurisprudenza statunitense nel 1976. Con la sentenza del caso *Timberlane* (28), le corti americane sostennero che l'esercizio extraterritoriale della giurisdizione può essere ammesso se le autorità antitrust dimostrano che gli Stati Uniti, nel perseguire una determinata pratica anticompetitiva, possiedono un interesse più forte rispetto a quello degli altri Paesi coinvolti. Il collegamento con il criterio degli effetti è stato operato dal *Restatement (Third) of the Foreign Relations Law* del 1986 (29), per il quale la legislazione interna si applica nei confronti di attività e persone che presentano un « collegamento » con un altro Stato ove ciò sia giustificato da un giudizio di ragionevolezza, giudizio che può basarsi, tra l'altro, anche sul fatto che l'attività in questione produca effetti sostanziali, diretti e prevedibili all'interno degli Stati Uniti. Al contempo, il *Restatement* riconosce la possibilità che sorgano dei conflitti di giurisdizione con un altro Stato, anch'esso legittimato ad intervenire su una specifica fattispecie, e a tal proposito prevede che debba essere operata un'attenta ponderazione tra le rispettive posizioni, in base alla quale gli USA potrebbero essere indotti a non avviare procedimenti o a non adottare provvedimenti ove gli interessi della controparte appaiano « *clearly greater* ».

Passando all'esame della posizione comunitaria, va rilevato

---

(27) *Hartford Fire Ins. Co. V. California*, 509 U.S. 764 (1993).

(28) *Timberlane Lumber Co. V. Bank of America*, 549 F.2d 597 (9th Cir. 1976).

(29) Il *Restatement of the Law Third. The Foreign Relations Law of the United States* è riprodotto in CAPOTORTI, DI SABATO, PATRONI GRIFFI, PICONE, UBERTAZZI, *op. cit.*, p. 329 ss.

che questa ha subìto una lenta evoluzione e solo in tempi recenti è giunta all'adesione al criterio degli effetti (30). In un primo momento, infatti, la Corte di giustizia aveva fatto ricorso al cosiddetto criterio dell'« unità del gruppo di imprese » ogniqualvolta una pratica anticompetitiva poteva essere attribuita ad un'impresa non comunitaria che aveva agito nel mercato comune tramite un'affiliata avente sede in quest'ultimo. « La circostanza che l'affiliata abbia personalità giuridica distinta da quella della società madre non basta ad escludere la possibilità di imputare a quest'ultima il comportamento della prima. Ciò può verificarsi ... allorché l'affiliata ... non decide in modo autonomo quale dev'essere il suo comportamento sul mercato, ma applica in sostanza le direttive impartitele dalla società madre. Qualora l'affiliata non goda di reale autonomia nella determinazione della propria linea di condotta, va ritenuto che i divieti sanciti dall'art. 85, n. 1, si applicano ai rapporti fra la stessa affiliata e la società madre, che insieme formano un'unità economica » (31). Tale sentenza confermava la validità di una decisione con la quale la Commissione aveva inflitto un'ammenda pecuniaria nei confronti di una società con sede in Gran Bretagna (a quei tempi Paese non ancora membro della CE) per aver partecipato all'esecuzione di una pratica concordata vietata dall'art. 81 (ex art. 85). L'approccio ivi sostenuto è stato esteso successivamente a casi di sfruttamento abusivo di posizione dominante, nei quali le ricorrenti contestavano l'applicazione dell'art. 82 (ex art. 86) del Trattato CE nei confronti di persone giuridiche aventi sede fuori dal territorio comunitario (32): non era messo in discussione l'esercizio di una giurisdizione esecutiva della Commissione nei confronti di soggetti che non avevano sede nel mercato comune, ma piuttosto il fatto che l'ambito di applicazione dei comandi

(30) Per una rassegna della prassi della Commissione e della Corte di giustizia delle Comunità europee v. PICONE, *op. cit.*, p. 126 ss.; MUNARI, *op. cit.*, p. 189 ss.

(31) Causa 48/69 *Imperial Chemical Industries Ltd. contro Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1972, p. 612 ss., parr. 132-134.

(32) Causa 6/72 *Europemballage Corporation e Continental Can Company Inc. contro Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1973, p. 215 ss. (in particolare, parr. 15-16) e cause riunite 6-7/73 *Istituto Chimico Italiano spa e Commercial Solvents Corporation contro Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1974, p. 223 ss. (in particolare, parr. 36-41).

normativi previsti dal diritto antitrust CE potesse estendersi anche ad essi.

Con la sentenza *Pasta di legno*, la Corte ha invocato invece il principio di territorialità oggettivo per confermare la validità di una decisione della Commissione con la quale era stata accertata una violazione dell'art. 81 (ex art. 85) da parte di produttori di pasta di legno stabiliti fuori dal territorio comunitario (33). Nel caso di specie, la teoria dell'unità del gruppo non si prestava quale criterio di valutazione della fattispecie poiché alcune delle imprese coinvolte esportavano direttamente verso acquirenti stabiliti nella Comunità, senza passare attraverso intermediari comunitari. La Corte non fece propria la posizione della Commissione e dell'Avvocato generale, le cui conclusioni si fondavano sul criterio degli effetti adoperato dalla giurisprudenza statunitense (34), ma (giungendo peraltro ai medesimi risultati pratici) sostenne che una condotta che ha avuto luogo sul territorio comunitario e che abbia prodotto le conseguenze previste dall'art. 81 (ex art. 85) (il pregiudizio al commercio e l'alterazione del gioco della concorrenza nel mercato comune) rientra necessariamente nelle fattispecie regolate dalla norma indicata sulla base del principio di territorialità, « universalmente accolto dal diritto internazionale pubblico » (35).

La più recente sentenza *Gencor* testimonia l'adesione, quanto meno da parte del Tribunale di primo grado, al criterio degli effetti (36). Il caso si riferisce ad un'operazione di concen-

---

(33) Cause riunite 89, 104, 114, 117, 125-129/85 *Imprese produttrici di paste di legno contro Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1988, p. 5193 ss.

(34) Decisione della Commissione 85/202/CEE, del 19 dicembre 1984, relativa ad una procedura ai sensi dell'articolo 85 del trattato CEE (IV/29.725 — Pasta per carta), *GUCE* L 85 del 26 marzo 1985, p. 1 ss., par. 79: « L'effetto degli accordi e delle pratiche concernenti i prezzi annunciati e/o applicati ai clienti e la rivendita della pasta suddetta nella CEE è stato non solo sostanziale, ma voluto ed è stato il principale e diretto risultato di detti accordi e pratiche ». Le conclusioni dell'Avvocato generale Darmon sono riportate in *Raccolta*, 1988, p. 5193 ss.

(35) Cause riunite 89, 104, 114, 117, 125-129/85, cit., par. 18.

(36) Causa T-102/96 *Gencor Ltd contro Commissione delle Comunità europee*, in *Raccolta*, 1999, p. II-753 ss. In dottrina v. DRAETTA, *La giurisdizione internazionale della Commissione in materia di controllo delle concentrazioni*, in *DCI*, 1999, p. 785 ss.; GONZÀLEZ-DIAZ, *Recent Developments in EC Merger Control Law: The Gencor Judgment*, in *World Competition*, 1999, p. 3 ss.; WARNER,

trazione tra tre società sudafricane (due delle quali controllate da una società di diritto inglese) impegnate in Sud Africa nell'estrazione di platino, nei cui riguardi la Commissione aveva posto un divieto giacché la sua attuazione, ai sensi del regolamento 4064/89, avrebbe determinato un rafforzamento di una posizione dominante collettiva sul mercato comune e l'introduzione di un ostacolo significativo al funzionamento del libero gioco della concorrenza. Pur avendo le ricorrenti, in particolare, contestato la competenza della Commissione ad esaminare un'operazione di concentrazione che riguardava un'attività svolta nel territorio di un Paese terzo, il Tribunale di primo grado ha fatto propria la posizione dell'esecutivo, affermando che la normativa sulle concentrazioni si applica alle operazioni che possono essere definite « comunitarie » in base ai criteri previsti dal regolamento 4064/89, criteri che si riferiscono unicamente al valore del fatturato realizzato dalle imprese interessate, e non anche al luogo in cui è localizzata l'attività oggetto della concentrazione. D'altro canto, si sottolinea nella sentenza, la base giuridica e il preambolo del regolamento non escludono che quest'ultimo si applichi anche a « operazioni di concentrazione che, per quanto contemplino attività ... all'esterno della Comunità, hanno l'*effetto* di creare o di rafforzare una posizione dominante che produce la conseguenza di frapporre in maniera significativa ostacoli alla effettiva concorrenza nel mercato comune » (37). Gli indicati ostacoli, in particolare, sarebbero sorti poiché la messa in opera della concentrazione avrebbe causato la fusione non solo delle attività estrattive e di produzione, ma anche delle attività di commercializzazione del platino in tutto in mondo, in specie nella Comunità europea. In un passo successivo, il Tribunale ha anch'esso adoperato una nozione qualificata degli effetti che possono giustificare l'applicazione della normativa comunitaria sulle concentrazioni ad imprese che non hanno sede nel mercato comune: « ...qualora sia prevedibile che una progettata concentrazione produca un effetto immediato e sostanziale nella Comuni-

---

Restrictive Trade Practices and the Extraterritorial Application of U.S. Antitrust and Trade Legislation, in *NwJILB*, 1999, vol. 19, p. 330 ss.; VON GERVEN, HOET, *Gencor: Some Notes on Transnational Law Issues European Court of First Instance 25 March 1999, T-102/96, Gencor Ltd. V. Commission*, in *LIEI*, 2001, p. 195 ss.

(37) *Ivi*, par. 82. Corsivo nostro.

tà, l'applicazione del regolamento è giustificata con riferimento al diritto internazionale pubblico. ... Si deve pertanto verificare se i tre criteri dell'effetto immediato, sostanziale e prevedibile sono nella specie riuniti » (38).

Al di là del rinvio ai differenti criteri dell'unità del gruppo di imprese, della territorialità oggettiva e degli effetti, la prassi brevemente descritta delinea una tendenza da parte degli Stati Uniti e della Comunità europea a giustificare l'applicazione extraterritoriale delle rispettive discipline antitrust in considerazione delle conseguenze che gli specifici comportamenti sono in grado di produrre sul mercato interno. Questo elemento, unito ad un attento esame delle legislazioni nazionali e delle pratiche anticompetitive di dimensioni internazionali, impone all'attenzione dell'osservatore esterno alcune questioni particolarmente controverse.

In primo luogo, l'adozione di una legislazione antitrust nell'ambito di un numero sempre maggiore di ordinamenti nazionali determina il « ragionevole interesse » di più di uno Stato nei riguardi di una medesima operazione in grado di modificare la competitività dei mercati. Da ciò discende l'obbligo per le imprese interessate di assolvere a più procedure di notifica e di assoggettarsi a differenti procedimenti di valutazione, con un notevole (e, in parte, forse ingiustificato) dispendio di risorse.

Inoltre, conflitti di giurisdizione possono sorgere tra due o più Stati in merito ad una medesima fattispecie restrittiva della concorrenza, laddove ciascuno, richiamandosi a differenti criteri, reclami la necessità di sottoporla al proprio ordinamento. Al di là dell'inasprimento delle relazioni politiche internazionali che può determinarsi, non deve sottovalutarsi l'eventualità che le autorità antitrust, operando ai sensi della rilevante legislazione nazionale, giungano a conclusioni divergenti circa la legittimità del comportamento oggetto di valutazione o adottino nei confronti del soggetto responsabile sanzioni complessivamente gravose. Può farsi qui riferimento alla operazione di concentrazione che ha avuto luogo nel 1997 sul mercato statunitense nel campo degli aeromobili civili e nel settore spaziale e della difesa, per effetto dell'acquisizione della McDonnell Douglas da parte della Bo-

(38) *Ivi*, parr. 90 e 92.

eing (entrambe società di diritto statunitense). La notifica dell'operazione presso le autorità antitrust statunitensi e comunitarie ha dato vita ad un accesso contrasto: la Federal Trade Commission statunitense si pronunciò, infatti, a favore dell'operazione, rilevando che gli effetti sulla competitività dei mercati sarebbero stati di scarsa rilevanza (a causa della limitata quota di mercato detenuta dalla McDonnell Douglas alla vigilia dell'operazione) e comunque non tali da consentire l'imposizione di un divieto che avrebbe potuto arrecare grave pregiudizio alla sicurezza del Paese; la Commissione europea, dal canto suo, giunse a conclusioni opposte, giudicando vietata l'operazione dal momento che essa avrebbe determinato (ai danni di Airbus, consorzio europeo costituito tra imprese di alcuni Paesi comunitari e secondo produttore mondiale di aeromobili civili) un rafforzamento della posizione dominante già detenuta da Boeing, la quale avrebbe ostacolato significativamente un'effettiva concorrenza nel mercato comune (39).

Infine, devono essere presi in considerazione gli ostacoli che le autorità antitrust possono incontrare al momento di rendere esecutivi i provvedimenti amministrativi o giurisdizionali adottati nei confronti di persone fisiche o giuridiche straniere: facciamo qui riferimento alle richieste di informazioni, all'applicazione di sanzioni pecuniarie ove queste ultime non vengano fornite nei tempi e nei modi richiesti o, nel caso in cui sia stata rilevata una violazione del diritto antitrust, al divieto di porre in essere una data operazione perché anticoncorrenziale. Il che è tanto più grave ove si consideri che, a fronte della crescente tendenza a riconoscere l'applicazione extraterritoriale delle normative antitrust nazionali, numerosi Stati colpiti dai provvedimenti indicati si sono dotati dei cosiddetti *blocking statutes*, ovvero di apposite legislazioni volte ad impedire che le decisioni in questione producano la loro efficacia nell'ambito dei rispettivi ordinamenti (40).

---

(39) Decisione 97/816 del 30 luglio 1997 che dichiara una concentrazione compatibile con il mercato comune e con il funzionamento dell'accordo SEE (Caso IV/M.877 — Boeing/McDonnell Douglas), in *GUCE* L 336 dell'8 dicembre 1997, p. 16 ss. Come riportato nella decisione, il caso si è risolto tramite un accordo raggiunto dalla Boeing con la Commissione, tramite il quale la prima ha rinunciato a parte dei vantaggi che le sarebbero derivati dall'operazione. V. anche *infra* il par. 6.

(40) Per un'analisi esaustiva di queste disposizioni (oltre che per ult. rif. bibl.), v. PICONE, *L'applicazione*, cit., p. 141 ss.

6. La necessità di impedire l'adozione di pratiche restrittive della concorrenza che limitano i flussi di interscambio commerciale e di risolvere le difficoltà e i contrasti collegati all'applicazione extraterritoriale delle legislazioni nazionali ha dato un considerevole impulso al dialogo fra gli Stati circa la predisposizione di strumenti finalizzati ad una più stretta cooperazione nel settore (41). In linea teorica, quest'ultima potrebbe infatti svilupparsi secondo differenti modelli, dalla semplice cooperazione tra autorità antitrust sino all'armonizzazione delle legislazioni nazionali (42).

Di fatto, sebbene le proposte presentate (dagli Stati oltre

---

(41) V. FOX, *Towards World Antitrust and Market Access*, in *AJIL*, 1997, p. 1 ss.; MATTOO-SUBRAMANIAN, *Multilateral Rules on Competition Policy: A Possible Way Forward*, in *JWT*, 1997, n. 5, p. 95 ss.; AHREL, *Droit international de la concurrence. S'oriente-t-on vers des négociations?*, in *RMCUE*, 1999, p. 84 ss.; COCUZZA, GIGANTE, *Diritto antitrust e cooperazione internazionale*, in *RDIPP*, 1999, p. 783 ss.; FOX, *Competition Law and the Millennium Round*, in *JIEL*, 1999, p. 665 ss.; LLOYD, VAUTIER, *Promiting Competition in Global Markets. A Multi-National Approach*, Cheltenham, Northampton, 1999; ZÄCH (ed.), *Towards WTO Competition Rules. Key Isseus and Comment on the WTO Report on Trade and Competition*, Berne, 1999; BERMANN, HERDEGES, LINDSETH (Ed. by), *Transatlantic Regulatory Co-operation. Legal Problems and Political Prospects*, Oxford, 2000 (in particolare p. 205 ss.); TARULLO, *Norms and Institutions in Global Competition*, in *AJIL*, 2000, p. 478 ss.; TIZZANO, *Quelques observations sur la coopération internationale en matière de concurrence*, in *RDUE*, 2000, n. 1, p. 11 ss. (anche per ult. rif. bibl.); WALLER, *The Twighlt of Comity*, in *Columbia JTL*, 2000, p. 563 ss.; WEISS, *From World Trade Law to World Competition Law*, in *Fordham ILJ*, 2000, p. 250 ss.; FULLERTON, MAZARD, *International Antitrust Co-operation Agreements*, in *World Competition*, 2001, p. 405 ss.; GANGI, *L'iniziativa dell'Unione europea per la realizzazione di un accordo multilaterale di regole sulla concorrenza nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, in *DCI*, 2001, p. 123 ss.; GREWLICH, *Globalisation and Conflict in Competition Law. Elements of Possible Solutions*, in *World Competition*, 2001, p. 367 ss.

(42) V. OECD doc. COM/TD/DAFFE/CLP(99)102/FINAL *International Options to Improve the Coherence between Trade and Competition Policies* del 10 febbraio 2000. Va sottolineato come il documento indichi, in modo poco sistematico, sette differenti modelli di cooperazione e operi una commistione tra gli aspetti (sostanziali e procedurali) che possono essere regolati dalle norme internazionali, da un lato, e, dall'altro, gli strumenti normativi cui gli Stati possono ricorrere. Viene, fra l'altro, fatto riferimento alla convergenza e all'armonizzazione delle legislazioni nazionali; alla costituzione di un'autorità internazionale antitrust dotata di poteri sopranazionali; alla cooperazione bilaterale tra autorità garanti della concorrenza; alla conclusione di accordi regionali che includono, tra l'altro, disposizioni in materia di concorrenza o di specifici accordi plurilaterali o multilaterali.

che da studiosi) non escludano la creazione di stretti rapporti di integrazione, l'esame della prassi evidenzia come i meccanismi oggi applicati perseguano obiettivi limitati, ma non per questo meno rilevanti. I pertinenti strumenti internazionali in vigore prevedono, infatti, il ricorso a mezzi di portata circoscritta e rivolti a promuovere la cooperazione tra Stati su un piano procedurale piuttosto che sostanziale (43).

Sinteticamente, l'attuale disciplina della cooperazione in materia antitrust è posta, a livello multilaterale, oltre che dalle norme OMC precedentemente richiamate, dal *Set of Multilaterally agreed equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices*, adottato dall'UNCTAD nell'aprile del 1980 (44). Sul piano regionale può farsi invece riferimento a due raccomandazioni adottate in seno all'OCSE: la *Revised Recommendation of the Council concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade* del 1995 (45) e la più recente *Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels* del 1998 (46). Gli strumenti di cooperazione assumono, peraltro, un'importanza particolare nell'ambito dei rapporti bilaterali, essendo contemplati da apposite disposizioni convenzionali, produttive quindi di effetti vincolanti nei confronti delle parti contraenti. Possiamo ricordare, in proposito, gli accordi di cooperazione conclusi, rispettivamente, dagli Stati Uniti e dalla Comunità europea. I primi hanno assunto precisi impegni di collaborazione in materia antitrust nei confronti di alcuni Paesi industrializzati e in via di sviluppo (47), mentre la CE ha concluso accordi di cooperazione tra autorità garanti della concorrenza solo

---

(43) In tal senso v. PICONE, *Tutela*, cit., p. 875 ss. e ID., *L'applicazione*, cit., p. 166 ss.

(44) I Principi e le norme UNCTAD sono state oggetto di attenta valutazione da parte della dottrina. Per un esame recente v. (e anche per ult. rif. bibl.) BRUSICK, *UNCTAD's Role in promoting Multilateral Co-operation on Competition Law and Policy*, in *World Competition*, 2001, p. 23 ss.; DHANJEE, *The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices — an Instrument of International Law?*, in *LIEI*, 2001, p. 71 ss.

(45) OECD doc. C(95)130/FINAL del 27 luglio 1995.

(46) OECD doc. C(98)35/FINAL del 25 marzo 1998.

(47) Facciamo qui riferimento agli accordi stipulati con Australia, Brasile Canada, Germania, Giappone, Israele e Messico, il cui testo è disponibile sul sito del Dipartimento di giustizia, www.usdoj.gov/atr/public/international.

con gli Stati Uniti e il Canada. D'altro canto, come già accennato, l'apertura di relazioni commerciali con altri Paesi da parte della Comunità è stata accompagnata dall'introduzione di norme specifiche che mirano a favorire il mantenimento di condizioni di concorrenza sui mercati: basti ricordare gli accordi che regolano i rapporti con i Paesi dell'Europa orientale (48), con alcune ex repubbliche sovietiche (49) e quelli conclusi con i Paesi dell'area del Mediterraneo (50).

Sembra opportuno, in questa sede, indicare alcune caratteristiche comuni ai testi normativi indicati, per poi concentrare la nostra attenzione sugli accordi in vigore dal 1995 tra la Comunità europea e gli Stati Uniti. Questi ultimi presentano, infatti, un particolare interesse poiché, a differenza degli altri accordi e delle raccomandazioni citate, comprendono una disciplina dettagliata circa le modalità in cui la cooperazione può esercitarsi.

Su un piano generale, può escludersi che gli strumenti presi in considerazione siano funzionali all'armonizzazione delle discipline nazionali e prevedano l'adozione di legislazioni conformi, basate su un unico approccio. Da più parti viene infatti sottolineato come nel settore dell'antitrust l'obiettivo dell'armonizzazione non possa essere perseguito, giacché ogni ordinamento è a tale proposito guidato da considerazioni particolaristiche. In al-

---

(48) Gli Accordi europei, conclusi all'indomani della caduta dei regimi comunisti nell'Europa centro-orientale, regolano i rapporti politici ed economici della CE con i seguenti Paesi: Bulgaria (in *GUCE* L 358 del 31 dicembre 1994, p. 3 ss.), Repubblica Ceca (in *GUCE* L 360 del 31 dicembre 1994, p. 2 ss.), Estonia (in *GUCE* L 68 del 9 marzo 1998, p. 3 ss.), Ungheria (in *GUCE* L 347 del 31 dicembre 1993, p. 2 ss.), Lettonia (in *GUCE* L 26 del 2 febbraio 1998, p. 3 ss.), Lituania (in *GUCE* L 51 del 20 febbraio 1998, p. 3 ss.), Polonia (*ante* nota 6), Romania (in *GUCE* L 357 del 31 dicembre 1994, p. 2 ss.), Slovacchia (in *GUCE* L 359 del 31 dicembre 1994, p. 2 ss.), Slovenia (in *GUCE* L 51 del 26 febbraio 1998, p. 3 ss.).

(49) Cfr. gli accordi conclusi con Armenia (in *GUCE* L 239 del 9 settembre 1999, p. 3 ss.), Azerbaijan (in *GUCE* L 246 del 17 settembre 1999, p. 3 ss.), Georgia (in *GUCE* L 205 del 4 agosto 1999, p. 3 ss.), Kazakistan (in *GUCE* L 196 del 28 luglio 1999, p. 3 ss.), Kirgizistan (in *GUCE* L 196 del 28 luglio 1999, p. 48 ss.), Moldavia (in *GUCE* L 181 del 24 giugno 1999, p. 3 ss.), Russia (*ante* nota 7), Ucraina (in *GUCE* L 49 del 12 febbraio 1998, p. 3 ss.), Uzbekistan (in *GUCE* L 229 del 31 agosto 1999, p. 3 ss.).

(50) Fino ad oggi, la Comunità europea ha concluso accordi euromediterranei solo con l'Autorità Palestinese (in *GUCE* L 187 del 16 luglio 1997, p. 3 ss.), Israele (in *GUCE* L 147 del 21 giugno 2000, p. 3 ss.), Marocco (in *GUCE* L 70 del 18 marzo 2000, p. 2 ss.) e Tunisia (in *GUCE* L 97 del 30 marzo 1998, p. 2 ss.).

cuni casi (come ad esempio negli accordi comunitari coi Paesi ad economia in transizione), in vista anche della creazione di più stretti legami di cooperazione economica, vengono previsti obblighi di mera convergenza delle legislazioni nazionali (51). Tale circostanza non esclude, tuttavia, che si possano individuare alcune linee guida, sulla cui base poi gli Stati possono o devono modellare i propri ordinamenti interni.

Nel corso del dibattito avviato di recente in seno all'Organizzazione mondiale del commercio sui rapporti tra politica commerciale e politica della concorrenza (52) è emersa la tendenza da parte degli Stati (in particolare della Comunità europea) a operare una distinzione tra *core principles* e *common standards* (53). Le due nozioni riprendono la classificazione, nor-

---

(51) Tali clausole ricorrono in tutti gli Accordi europei conclusi dalla Comunità europea. V., a titolo di esempio, gli artt. 68 e 69 dell'Accordo con la Polonia: « Le Parti contraenti riconoscono che il principale requisito per l'integrazione economica della Polonia nella Comunità è il ravvicinamento della legislazione presente e futura di questo paese a quella della Comunità. La Polonia deve pertanto adoperarsi affinché la legislazione futura sia compatibile con quella comunitaria »; « Il ravvicinamento delle legislazioni comprende segnatamente i seguenti settori: ... regole di concorrenza ... ». Un'eguale disposizione è contenuta negli accordi di partenariato con le ex repubbliche sovietiche (cfr. l'art. 56 del accordo concluso con la Russia) e con i Paesi del Mediterraneo, seppur in questa seconda ipotesi con alcune modifiche che riducono fortemente la portata dell'obbligo di ravvicinamento: ad esempio, l'art. 52 dell'accordo con il Marocco si limita a porre l'obiettivo di aiutare la controparte a ravvicinare la sua legislazione a quella della Comunità nei settori oggetto della regolamentazione convenzionale.

(52) Il dibattito ha luogo in seno al gruppo di lavoro, istituito dalla Conferenza dei ministri OMC al termine della sua riunione di Singapore del 1996, cui è stato affidato il compito di esaminare i rapporti tra politica commerciale e politica della concorrenza e di avanzare proposte in merito all'oggetto di possibili negoziati multilaterali in materia di antitrust (*Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy*). V. WTO doc. WT/MIN(96)/DEC/1 *Singapore Ministerial Declaration* del 13 settembre 1996.

(53) Gli elementi costitutivi di ciascuna fattispecie normativa sono delineati con chiarezza in alcuni documenti OCSE: per tutti v. OECD doc. COM/TD/DAFFE/CLP(98)97/REV2 *Outline of (a) Core Principles, Common Approaches and Common Standards and (b) Bilateral and Multilateral Approaches* del 17 giugno 1999 e OECD doc. COM/TD/DAFFE/CLP(99)11/FINAL *A Note on Terminology: Follow-Up to Work on International Options to Improve Coherence between Trade and Competition Principles* del 12 ottobre 1999. Nei documenti viene richiamata la possibilità di elaborare anche degli « approcci comuni » (*common approaches*), i quali si riferiscono a categorie normative intermedie, che presentano

malmente adottata nel diritto internazionale e in particolare nel diritto internazionale dell'economia, tra principi e standard normativi. Con l'espressione « principi » viene normalmente fatto riferimento a nozioni giuridiche di carattere generale che in un dato sistema normativo assumono un rilievo centrale, in quanto su di esse è elaborata la disciplina materiale nel settore considerato: essi sono privi di contenuto preciso e richiedono necessariamente l'elaborazione di norme di dettaglio (gli standard, per l'appunto) che determinino le loro modalità di applicazione nelle singole fattispecie concrete (54). Per quanto riguarda l'antitrust, i principi sarebbero caratterizzati da una significativa flessibilità in sede applicativa e consentirebbero agli Stati di adattare il loro contenuto alle proprie esigenze e tradizioni giuridiche, laddove gli standard porrebbero dei parametri specifici di valutazione delle pratiche restrittive della concorrenza cui dovrebbero conformarsi le legislazioni nazionali.

In base a questa distinzione e da un esame dei documenti richiamati in precedenza si rileva che le norme internazionali in materia di concorrenza contemplano l'applicazione di alcuni principi fondamentali formulati in termini generici, il cui contenuto viene definito in maniera più dettagliata dai testi convenzionali. Tali principi possono avere natura sostanziale, nella misura in cui si riferiscano alla portata e alla sfera applicativa delle legislazioni nazionali: qui il riferimento è ai *Principles and Rules* UNCTAD, per i quali gli Stati dovrebbero adottare ed applicare mezzi che, a priori o a posteriori, consentano il controllo, la valutazione e l'eliminazione delle pratiche restrittive della concorrenza. Più in particolare, il primo paragrafo del documento OCSE del 1998 raccomanda agli Stati di predisporre i meccanismi necessari per porre termine o scoraggiare le operazioni di cartel-

---

un grado di dettaglio più elevato rispetto ai principi e un margine di flessibilità per gli Stati in sede applicativa maggiore rispetto agli standard. Essi consisterebbero in una lista di criteri o obiettivi che dovrebbero essere inclusi nelle legislazioni nazionali, ma senza che vengano specificate le modalità di applicazione o il peso da attribuire a ciascuno dei loro elementi costitutivi. Il ricorso a tali approcci sarebbe proprio della normativa OMC in materia di servizi di telecomunicazione, posta dal *Reference Paper* del 1996.

(54) Sulla distinzione v. SCHWARZENBERGER, *The Principles and Standards of International Economic Law*, in *Recueil des Cours*, 1966 (117), p. 1 ss., in particolare pp. 44 ss. e 65.

lo, attraverso la creazione di apposite istituzioni e procedimenti dotati di poteri esecutivi, tra cui quello di comminare sanzioni adeguate. Altri principi si riferiscono invece alla trasparenza e all'applicazione non discriminatoria delle legislazioni nazionali, dirette così a colpire le imprese responsabili di una riduzione del livello di competitività dei mercati indipendentemente dal loro Stato di sede.

Sul piano strettamente procedurale, invece, particolare rilievo assumono le disposizioni in materia di assistenza tecnica e di cooperazione tra autorità garanti della concorrenza. L'introduzione di norme sull'assistenza tecnica è determinata dall'esigenza di favorire un trasferimento di conoscenze e di capacità tale da consentire agli Stati economicamente svantaggiati di approntare nei rispettivi ordinamenti le istituzioni e i procedimenti idonei per una effettiva tutela della competitività dei mercati: simili disposizioni sono contemplate dagli strumenti aventi valore meramente esortativo (primi fra tutti, i *Principles and Rules* dell'UNCTAD) (55) e dagli accordi conclusi tra Paesi sviluppati e Paesi in via di sviluppo (56). Le norme che definiscono le modalità di cooperazione tra autorità antitrust, dal canto loro, sono particolarmente articolate e prevedono il ricorso a diversi procedimenti.

7. Gli accordi del 1991 e del 1998 tra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle loro regole di concorrenza costituiscono, nell'attuale panorama, i più avanzati strumenti di collaborazione tra autorità antitrust (57). Il primo è stato concluso il 23 settembre 1991, ma

---

(55) L'adozione del documento dell'UNCTAD si inserisce nel contesto politico-diplomatico degli anni settanta del XX secolo, allorquando le istanze presentate dai Paesi economicamente svantaggiati per un maggiore impegno dei Paesi avanzati nella lotta contro la povertà trovavano una sede istituzionale di dibattito nelle Nazioni Unite. Da qui l'inclusione nel testo del 1980 sulle pratiche restrittive della concorrenza di numerose disposizioni che tengono in particolare considerazione le esigenze dei PVS, tra cui per l'appunto quelle in materia di assistenza tecnica.

(56) V. in particolare gli artt. VII degli accordi di cooperazione conclusi dagli Stati Uniti con il Brasile e con il Messico, o anche gli accordi in vigore tra Comunità europea e le ex repubbliche sovietiche.

(57) V. GHEZZI, *L'Accordo di cooperazione fra Stati Uniti e CEE in materia*

è entrato in vigore solo nel 1995 (58). Successivamente, allo scopo di rafforzare i meccanismi di cooperazione, è stato stipulato un nuovo testo convenzionale la cui normativa precisa il contenuto di alcune disposizioni preesistenti (59).

---

di tutela della concorrenza, in *Riv. soc.*, 1992, p. 244 ss.; GRIFFIN, *EC/U.S. Antitrust Cooperation Agreement: Impact on Transnational Business*, in *LPIB*, 1993, vol. 24, p. 1051 ss.; HAM, *International Cooperation in the Anti-trust Field and in Particular the Agreement between the United States of America and the Commission of the European Communities*, in *CMLR*, 1993, p. 571 ss.; RIGAMONTI, *I principi della « comitas gentium » negli Accordi tra Comunità europee e Stati Uniti in materia di concorrenza*, in *DUE*, 1997, p. 835 ss.; KIRIAZIS, *Positive Comity in EU/US Cooperation in Competition Matters*, in *Competition Policy Newsletter*, 1998, n. 3, p. 15 ss.; SCHAUB, *International Co-operation on Antitrust Matters: Making the Point in the Wake of the Boeing/MDD Proceedings*, in *Competition Policy Newsletter*, 1998, n. 1, p. 2 ss.; COCUZZA, GIGANTE, *op. cit.*, p. 787 ss.; GREWLICH, *op. cit.*, p. 386 ss.; NASCIMBENE, *Aspetti internazionali della politica di concorrenza comunitaria*, in *DCI*, 2001, p. 309 ss.; SCHEPISI, *Le relazioni esterne in materia di concorrenza: gli accordi CE/USA e CE/Canada tra dimensione internazionale e dimensione comunitaria*, in DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, 2001, p. 311 ss.

(58) Accordo tra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle loro regole di concorrenza, in *GUCE* L 95 del 27 aprile 1995, p. 47 ss. L'Accordo è entrato in vigore solo nel 1995 a causa della richiesta di annullamento presentata dalla Francia all'indomani della conclusione del medesimo, in cui veniva fatta valere la violazione delle norme comunitarie sulla competenza a stipulare, in particolare dell'art. 300 CE (ex art. 228): l'Accordo, infatti, era stato concluso dalla Commissione e non, come previsto dalla norma richiamata, dal Consiglio. Nel corso del procedimento innanzi alla Corte di giustizia, la Commissione sosteneva la liceità della propria condotta affermando la natura « amministrativa » dell'accordo in questione e richiamandosi, inoltre, al potere di vigilanza conferitole dalle norme del Trattato CE sulla concorrenza e a quella parte dell'art. 300 (ex art. 228) che, nel designare il Consiglio come l'istituzione deputata a concludere gli accordi internazionali di cui la Comunità sia parte, rinvia alle competenze « riconosciute » all'esecutivo in questo campo. Tali argomentazioni vennero tuttavia rigettate dalla Corte, che, accogliendo il ricorso della Francia, annullò l'accordo concluso dalla Commissione (Causa C-327/91, in *Raccolta*, 1994, p. I-3641 ss.). Per un esame esaustivo della vicenda e delle complesse questioni di natura giuridica da essa sollevate v. le interessanti conclusioni dell'Avvocato generale Tesauro (in *Raccolta*, 1994, p. I-3641 ss.) e, in dottrina, CANNIZZARO, *Sulla competenza della Commissione C.E.E. a concludere accordi internazionali*, in *RDI*, 1992, p. 657 ss.; KINGSTON, *External Relations of the European Community — External Capacity versus Internal Competence*, in *ICLQ*, 1995, p. 659 ss. All'indomani della sentenza della Corte, il Consiglio con una propria decisione ha approvato l'Accordo a nome della Comunità europea, fissando la data di entrata in vigore dello stesso al 23 settembre 1991 (v. *GUCE* L 95 del 27 aprile 1995, p. 45 ss.).

(59) Accordo tra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'A-

Il regime di cooperazione così instaurato si propone di rafforzare i rapporti tra la Commissione europea e il Dipartimento di giustizia statunitense e di evitare, così, che l'adozione di approcci differenti da parte dei due organi in materia antitrust possa pregiudicare le relazioni economiche fra la Comunità e gli Stati Uniti. In particolare, i due accordi si applicano ogni qualvolta le istituzioni indicate esercitino i loro poteri di controllo su intese, posizioni dominanti e operazioni di concentrazione, con l'unica (ma non per questo priva di conseguenze) esclusione delle ultime dalla sfera di efficacia della disciplina introdotta nel 1998. La normativa in esame si inserisce quindi nel quadro giuridico esistente e, come espressamente previsto (60), va interpretata in senso conforme alle legislazioni comunitaria e statunitense, senza che una modifica di queste ultime costituisca una condizione indispensabile per l'attuazione della medesima. Ciò appare coerente con l'intento posto, in sede di negoziato bilaterale, di non apportare alcun cambiamento ai procedimenti amministrativi e giurisdizionali già applicati dalle due parti sul « versante interno », ma semplicemente di arricchire gli stessi con nuove procedure operanti sul « versante esterno », che consentano alle autorità antitrust di perseguire ancor più efficacemente le pratiche restrittive della concorrenza produttive di effetti pregiudizievoli nei rispettivi sistemi economici.

La cooperazione tra la Commissione e il Dipartimento di giustizia si fonda sul funzionamento di meccanismi di consultazione, notifica, assistenza, coordinamento, cortesia negativa, così come disciplinati dal testo del 1991, nonché dell'istituto della cortesia attiva, oggetto di un'ulteriore regolamentazione nel 1998.

La procedura di consultazione entra in funzione ogni qualvolta una delle due parti ne faccia richiesta e può riguardare qualsiasi questione che rientri nell'ambito di applicazione dell'Accordo del 1991; essa va intesa come un mezzo diplomatico,

---

merica in merito all'utilizzazione dei principi della « comitas gentium » attiva nell'applicazione del loro diritto della concorrenza, in *GUCE* L 173 del 18 giugno 1998, p. 26 ss.

(60) V. l'art. IX dell'Accordo del 1991 e l'art. VII dell'Accordo del 1998. Parte della dottrina ha manifestato seri dubbi in merito alla possibilità che l'attuazione dei due accordi possa avvenire nel pieno rispetto della legislazione comunitaria esistente: v. SCHEPISI, *op. cit.*, p. 325 ss.

che può coinvolgere rappresentanti comunitari e statunitensi di rango elevato, per la soluzione di contrasti o diversità di vedute, emersi anche in una qualsiasi fase degli altri procedimenti.

L'art. II impone alle due parti un obbligo preliminare di notifica (da rispettarsi entro limiti temporali determinati) nel caso in cui le autorità antitrust dell'una ritengano che le proprie inchieste o procedimenti di attuazione presentino un particolare collegamento con l'altra, in quanto possano pregiudicare suoi importanti interessi (61). È questa una procedura che riveste un'importanza fondamentale nell'economia complessiva dell'Accordo (come testimoniato, d'altra parte, dall'elevato numero di notifiche scambiate tra la Commissione e le autorità antitrust statunitensi a partire dal 1995) (62), poiché la comunicazione così ricevuta consente alla parte notificata di valutare se e in quale misura la questione sottoposta alla sua attenzione rivesta un particolare significato all'interno del proprio ordinamento e di decidere circa l'opportunità di ricorrere ad uno degli altri strumenti di cooperazione.

Il successivo art. IV prevede il funzionamento di meccanismi di assistenza e di coordinamento. Il rispetto di un obbligo di assistenza si impone in termini generali (63) al fine di consentire all'autorità beneficiaria di esercitare i propri poteri in modo coe-

---

(61) Un elenco esemplificativo delle attività che dovrebbero essere oggetto di notifica è previsto dal secondo paragrafo dell'art. II, in base al quale un collegamento con la controparte sussiste se sul territorio di quest'ultima ha luogo la pratica (diversa dalla concentrazione) oggetto di valutazione, hanno sede una o più imprese coinvolte in un'operazione di concentrazione o trovano attuazione i provvedimenti adottati nei confronti dell'impresa sottoposta ad esame; quando la condotta in questione è incoraggiata, approvata o richiesta dall'ordinamento della controparte e, infine, nel caso in cui i procedimenti in corso sul territorio della parte notificante siano rilevanti nell'ambito di procedimenti avviati dalla parte notificata.

(62) In tal senso v. le considerazioni della Commissione pubblicate nelle relazioni presentate ogni anno al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione dell'Accordo con gli Stati Uniti. Cfr. il documento più recente, COM (2002)45 final *Report from the Commission to the Council and the European Parliament on the application of the agreements between the European communities and the Governement of the United States of America and the Governement of Canada regarding the application of their competition laws. 1 January 2000 to 31 December 2000* del 29 gennaio 2002.

(63) L'art. IV prevede infatti che « The competition authorities of each Party will render assistance to the competition authorities of the other Party in their enforcement activities ».

rente con gli obiettivi della legislazione antitrust interna. I meccanismi di coordinamento, al contrario, si applicano sulla base di accordi ad hoc, da predisporre nell'ipotesi in cui le parti abbiano un interesse a perseguire attività correlate (64). Essi sono funzionali ad un uso efficace delle rispettive risorse e capacità, come appare evidente dal testo del secondo paragrafo della norma in esame. Tra i fattori rilevanti che le autorità antitrust dovrebbero prendere in considerazione nel decidere se e come coordinare le proprie iniziative, l'art. IV indica, infatti, l'accessibilità alle informazioni, la possibilità di un impiego proficuo delle risorse a disposizione di ciascuna, gli effetti del coordinamento sui risultati raggiungibili in termini di condanna di pratiche anticompetitive e, infine, i benefici in termini di minori costi sostenuti dalle imprese sottoposte alle procedure di inchiesta e di valutazione. Allo scopo di consentire un efficace funzionamento dei meccanismi in questione, nel marzo 1999 la Commissione ha adottato il testo di alcuni accordi amministrativi, conclusi con le autorità della concorrenza degli Stati Uniti e riguardanti la partecipazione reciproca a udienze o riunioni convocate nell'ambito di procedimenti antitrust per i quali sussiste un interesse comune (65).

Da un esame della prassi, appare evidente come il coordinamento tra le autorità antitrust si sia rivelato di particolare utilità su due piani differenti (66). Da un lato, infatti, sorge l'esi-

---

(64) Prima ancora dell'entrata in vigore dell'Accordo del 1991, l'opportunità di una stretta cooperazione tra le autorità antitrust si era resa evidente nel corso dell'inchiesta avviata dalla Commissione nel 1993 per una presunta incompatibilità con il divieto di sfruttamento abusivo di posizione dominante della prassi in materia di licenze seguita dalla Microsoft. In una prima fase, la rinuncia della convenuta al suo diritto alla riservatezza (su questo punto, v. infra il par. 9) aveva consentito un intenso e proficuo scambio di informazioni tra la Commissione europea e il Dipartimento di giustizia statunitense (anch'esso investito della questione) e determinato così la decisione delle due autorità di coordinare le proprie iniziative. Successivamente, l'avvio di consultazioni trilaterali USA-CE-Microsoft condusse ad una celere definizione (nel luglio 1994) dei rimedi che la società statunitense avrebbe dovuto attuare per conformare la propria condotta alla regolamentazione antitrust comunitaria e statunitense. V. *Competition Policy Newsletter*, 1994, n. 2, p. 17.

(65) V. *Bollettino UE*, 1999, n. 3, par. 1.3.44.

(66) V. VAN MIERT, *Transatlantic Relations and Competition Policy*, in *Competition Policy Newsletter*, 1996, n. 3, p. 1 ss. V. anche COM(96)479 final del-

genza per la Commissione europea e il Dipartimento di giustizia statunitense di sincronizzare le rispettive iniziative, onde evitare di ostacolare l'attività della controparte e agire di pari passo nei confronti di pratiche restrittive che presentino profili d'interesse comune. Al contempo, quanto più una condotta è suscettibile di incidere negativamente sulla competitività del mercato comunitario e di quello statunitense, tanto più sussiste la necessità di avviare intense consultazioni nell'esame del merito della questione. Tali consultazioni, in particolare, possono concernere la determinazione del mercato geografico e del prodotto e/o servizio interessato (come nel caso Sandoz/Ciba-Geigy, relativo ad un'operazione di concentrazione nei settori delle sementi e dei prodotti della salute, veterinari e fitosanitari (67), o nel caso Allied Signal/Honeywell, per la costituzione di una *joint-venture* concernente, tra l'altro, la fornitura di prodotti avionici all'industria dell'aviazione commerciale e all'industrie spaziali e di difesa (68)) o degli effetti anticoncorrenziali della pratica oggetto di contestazione (basti qui ricordare la fusione tra le due società petrolifere statunitensi Exxon e Mobil (69)), nonché la definizione dei rimedi posti a carico della convenuta al fine di ristabilire la competitività dei mercati secondo i parametri fissati dalla legislazione comunitaria e statunitense (come per l'operazione di concentrazione World Com/MCI II (70)).

---

l'8 ottobre 1996, *Commission Report to the Council and the European Parliament on the Application of the Agreement between the European Communities and the Government of the United States regarding the Application of their Competition Laws. 10 April 1995 to 30 June 1996* e la *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sull'applicazione dell'Accordo tra le Comunità europee e il governo degli Stati Uniti d'America in merito all'applicazione delle rispettive regole di concorrenza dal 1° gennaio 1998 al 31 dicembre 1998* del 2 aprile 1999, p. 9 ss.

(67) Decisione 97/469 del 17 luglio 1996 riguardante una procedura a norma del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio (Caso IV/M.737 — Ciba-Geigy/Sandoz), in *GUCE* L 201 del 29 luglio 1997, p. 1 ss.

(68) Decisione 2001/417del 1° dicembre 1999, che dichiara una concentrazione compatibile con il mercato comune e con il funzionamento dell'accordo SEE (Caso COMP/M.1601 — AlliedSignal/Honeywell), in *GUCE* L 152 del 7 giugno 2001, p. 1 ss.

(69) Commission Decision of 29 September 1999 declaring a concentration compatible with the common market and the EEA Agreement (Case No. IV/M.1383 — Exxon/Mobil).

(70) Decisione 99/287 dell'8 luglio 1998, che dichiara la compatibilità di

Per quanto concerne l'istituto della cortesia negativa, l'art. VI stabilisce che, compatibilmente con la propria legislazione ed i propri interessi, ciascuna parte si impegna a prendere in considerazione le esigenze dell'altra nel decidere se e entro quali limiti dare corso ad un'indagine e nel definire la portata dei procedimenti amministrativi e giurisdizionali, oltre che delle sanzioni (o altre misure) indirizzate ad un'impresa autrice di una condotta anticoncorrenziale. In tal modo trova applicazione l'*interests balancing approach*, già adottato dalla giurisprudenza statunitense per porre un limite all'applicazione extraterritoriale della legislazione antitrust USA. Per di più, la norma individua alcuni strumenti ai quali la parte che intenda avviare o abbia avviato procedimenti di attuazione può ricorrere per verificare l'esistenza di un interesse della controparte e indica, inoltre, dei criteri sulla cui base eseguire la ponderazione degli interessi in gioco (71).

Il già ricordato caso Boeing/Mc Donnel Douglas ha dato prova dei vantaggi che possono derivare dal ricorso al meccanismo di cortesia negativa (72). Di fronte ad un orientamento negativo della Commissione nei confronti dell'acquisizione di Mc Donnel Douglas, il Dipartimento di giustizia inviò, infatti, una nota in cui delineava il pregiudizio per i propri interessi economici (in termini di occupazione e di competitività del mercato degli aeromobili civili) e di difesa nazionale che sarebbe scaturito da un'eventuale dichiarazione di incompatibilità dell'operazione con il mercato comune. Dal canto suo, la Commissione evidenziò la necessità di salvaguardare la posizione detenuta sul mercato dalle imprese europee e di non alterare le relazioni competitive esistenti tra operatori concorrenti e chiese espressa-

---

una concentrazione con il mercato comune e con il funzionamento dell'accordo SEE (Caso IV/M.1069 — WorldCom/MCI), in *GUCE* L 116 del 4 maggio 1999, p. 1 ss.

(71) La norma richiama, tra l'altro, il peso relativo degli effetti che la pratica anticompetitiva produce sul territorio della Comunità e su quello degli Stati Uniti, la partecipazione di attività che hanno luogo nella CE e negli USA nella composizione della condotta contestata e la volontà dell'impresa autrice della condotta medesima di arrecare un pregiudizio a consumatori, fornitori o concorrenti che operano sul mercato della parte attrice.

(72) *Commission Report to the Council and the European Parliament on the Application of the Agreement between the European Communities and the Government of the United States of America regarding the Application of their Competition Laws. 1 January 1997 to 31 December 1997* dell'11 maggio 1998, pp. 9 e 11 ss.

mente all'agenzia statunitense di prendere atto anche di queste osservazioni in sede di giudizio circa la legittimità dell'operazione. Lo scambio di note consentì di giungere ad una decisione di non opposizione da parte comunitaria, sulla base delle condizioni assunte dalla Boeing circa la modifica dei termini della concentrazione.

Il meccanismo di cortesia attiva è invece regolato dall'art. V e dall'Accordo del 1998 (73). La differenza fondamentale tra i due assetti normativi riguarda le rispettive sfere di applicazione: la disposizione inclusa nell'Accordo del 1991 si riferisce infatti a tutti i casi in cui le autorità antitrust esercitino le proprie competenze nei confronti di fattispecie restrittive della concorrenza, laddove la normativa più recente si applica solo nell'ambito di procedimenti di valutazione di intese e di sfruttamento abusivo di posizione dominante.

L'Accordo del 1991 si discosta di poco dalla disciplina sulla cortesia attiva normalmente contemplata dagli accordi di cooperazione tra autorità garanti della concorrenza. Allorquando una pratica anticompetitiva che ha luogo sul territorio di una parte (violando il diritto antitrust della stessa) arrechi pregiudizio agli interessi dell'altra, quest'ultima può notificare alla prima l'esistenza di simili circostanze e richiederle di porvi rimedio nell'osservanza delle proprie regole di concorrenza. Va sottolineato come l'applicazione del meccanismo non ponga un limite alla discrezionalità della parte richiesta di decidere se dare o meno seguito all'istanza avanzata e della parte richiedente di adottare comunque i provvedimenti previsti dal proprio ordinamento interno.

8. Le trattative per la conclusione dell'Accordo del 1998 sono state largamente influenzate dall'esito positivo cui si era giunti nell'ambito del ricorso promosso nel 1996 contro la AC Company Nielsen, società fornitrice di servizi di ricerche di mercato (74). L'inchiesta, avviata contemporaneamente dalla Com-

(73) Per un esame dell'evoluzione dell'istituto di cortesia attiva v. OECD doc. DAFFE/CLP(99)19 *CLP Report on Positive Comity* del 10 giugno 1999.

(74) Per una ricostruzione del caso v. *Competition Policy Newsletter*, 1996, n. 3, p. 60 ss.

missione europea e dal Dipartimento di giustizia, concerneva una pratica di abuso di posizione dominante localizzata sul mercato europeo e tale da impedire che ivi vigessero condizioni di competitività nei rapporti fra operatori concorrenti, a danno, tra l'altro, della fornitura di servizi da parte di imprese di nazionalità statunitense. Giacché la condotta contestata aveva luogo essenzialmente in ambito CE, il Dipartimento di giustizia, accertata la disponibilità delle istituzioni comunitarie a dare seguito all'istanza presentata dalla ricorrente, aveva di fatto sospeso il procedimento interno e atteso che la Commissione europea conducesse a termine la propria inchiesta e definisse, in consultazione con la Nielsen, i rimedi atti a rimuovere la distorsione della concorrenza. Proprio sulla base di quest'accordo raggiunto in ambito comunitario, l'autorità statunitense ha poi deciso di porre termine alla sua inchiesta, dal momento che l'attuazione del medesimo avrebbe di fatto eliminato il pregiudizio subìto dai fornitori statunitensi di servizi di ricerche di mercato.

Pur senza essere formalmente condotto nell'ambito del meccanismo di cortesia attiva, il caso Nielsen ha posto in evidenza come i danni alla competitività dei mercati statunitense e comunitario derivanti da una medesima operazione possano essere eliminati anche tramite l'intervento dell'autorità di una sola delle parti, ove questa dia prova di voler effettivamente ristabilire il funzionamento dei meccanismi di mercato a beneficio di tutti i soggetti interessati.

Sulla scorta di questo importante risultato, l'Accordo del 1998 precisa e rafforza l'istituto della cortesia attiva, allo scopo di favorire un più stretto coordinamento tra la Commissione europea e il Dipartimento di giustizia statunitense e di consentire, in particolare, che la valutazione della condotta contestata venga compiuta dalla parte che dispone delle informazioni rilevanti. Ai sensi dell'art. I, par. 2.b), l'obiettivo della normativa introdotta nel 1998 è, tra l'altro, di « istituire procedimenti di cooperazione ai fini dell'applicazione più completa ed efficiente possibile delle regole di concorrenza, grazie alle quali le autorità ... si asterranno, di norma, dall'impiegare risorse per rimediare ad attività anticoncorrenziali eseguite principalmente nel territorio dell'altra parte ed a questo principalmente dirette, qualora le autorità ... dell'altra parte siano in condizione e siano disposte a prendere in esame e ad irrogare sanzioni ». Dunque, l'Accordo costituisce

un strumento potenzialmente atto a risolvere le difficoltà legate all'applicazione extraterritoriale della normativa sulla concorrenza.

Sebbene, nel definire il proprio ambito di applicazione, l'Accordo del 1998 riprenda la disciplina già esistente, è necessario rivolgere l'attenzione alla definizione data alla nozione di pregiudizio: questo infatti, ai sensi dell'art. II, può sussistere nell'ipotesi in cui le attività anticompetitive cagionano un danno alla concorrenza all'interno del Paese richiedente o nei suoi mercati di importazione o alla capacità delle imprese nazionali di esportare, investire o competere nel territorio dell'altra parte. In tal modo viene formalizzata la tendenza del Dipartimento di giustizia statunitense (peraltro oggetto di forti critiche) di voler procedere all'applicazione extraterritoriale della normativa antitrust non solo quando l'alterazione della competitività dei mercati si risolva in un danno per i consumatori, ma anche quando il pregiudizio sia sofferto dalle imprese USA che esercitano attività di esportazione (75).

Nell'ipotesi in cui ricorrano le condizioni indicate, potrà applicarsi il meccanismo di cortesia attiva così come disciplinato dall'Accordo del 1991. L'art. III del 1998 specifica che la richiesta di svolgere indagini e di porre rimedio ad una pratica anticompetitiva può essere presentata indipendentemente dalla illiceità della pratica stessa ai sensi del diritto antitrust della parte richiedente e anche nel caso in cui le autorità garanti della concorrenza di quest'ultima abbiano già adottato, o si apprestino ad adottare, provvedimenti di attuazione. È il successivo art. IV a porre dei limiti all'esercizio della giurisdizione della parte richiedente, costituendo così l'elemento di novità della normativa del 1998 rispetto a tutti gli altri accordi di cooperazione in materia di concorrenza. La predisposizione di meccanismi di cortesia attiva è infatti una costante di tali accordi, ma in nessun caso essi sono accompagnati da norme che prevedono la possibilità che la parte richiedente rinvii o sospenda i provvedimenti adottati (o

---

(75) Nel senso indicato nel testo depongono il *Foreign Trade Antitrust Improvements Act* del 1982 e le *Antitrust Enforcement Guidelines for International Operations*, adottate congiuntamente nel 1995 dal Dipartimento di Giustizia e dalla *Federal Trade Commission* (disponibili sul sito web del Dipartimento di Giustizia www.usdoj.gov). A tale proposito v. WARNER, *op. cit.* e FULLERTON, MAZARD, *op. cit.*, p. 408 ss.

che intende adottare) nei confronti della pratica oggetto di valutazione.

Il rinvio o la sospensione indicati hanno luogo in presenza di un accordo in tal senso tra le due parti e allorquando la parte richiesta abbia avviato procedimenti di indagine e valutazione della pratica contestata. Posta questa norma generale, l'art. IV introduce, al par. 2, la presunzione di una sospensione o di un rinvio unilaterale ad opera della parte richiedente, se ricorrono alcune condizioni relative al carattere della condotta oggetto di valutazione e del procedimento avviato dalla parte richiesta. La presunzione, infatti, entra in gioco quando l'attività anticoncorrenziale in questione non ha un effetto diretto, rilevante e ragionevolmente prevedibile sui consumatori della parte richiedente oppure quando essa, pur avendo un simile effetto, è eseguita principalmente sul territorio dell'altra parte.

Il fatto che la presunzione operi in caso di danno arrecato agli esportatori della parte richiedente limita la portata innovativa dell'Accordo posta dalla definizione di pregiudizio richiamata in precedenza: il Dipartimento di giustizia statunitense dovrebbe infatti sospendere o rinviare i suoi procedimenti antitrust ove questi concernano la posizione degli esportatori USA nel territorio comunitario. Inoltre, in caso di danno ai consumatori, pur riconoscendo che la parte che subisce il pregiudizio possa esercitare la propria giurisdizione richiamandosi al criterio degli effetti (nel caso, qualificati dalla loro immediatezza, rilevanza e prevedibilità), l'art. IV ammette il ricorso al principio di territorialità oggettivo se l'attività in questione è localizzata prevalentemente nel territorio della parte richiesta. Ciò in quanto è quest'ultima a disporre degli elementi necessari ad un esame della pratica contestata. A tale proposito, hanno particolare rilievo le altre condizioni contemplate dall'art. IV, par. 2.

La norma infatti prevede che la presunzione del rinvio o della sospensione opera se vi è la possibilità e la probabilità che la parte richiesta svolga in tempi utili un'indagine esaustiva e adeguata sul pregiudizio sofferto dalla parte richiedente e, se del caso, lo elimini o vi ponga rimedio in conformità alle proprie leggi; se la medesima decide di devolvere a tal fine le risorse necessarie e di sfruttare tutte le fonti di informazione disponibili, tenendo costantemente informata l'altra parte circa i risultati delle indagini e la situazione dei propri provvedimenti.

La sospensione o il rinvio decisi di comune accordo o unilateralmente dalla parte richiedente non impediscono a quest'ultima di riassumere i propri procedimenti o di adottarne nuovi, con l'unico limite di doverne dare pronta informazione alla controparte e di motivare la propria posizione.

Il primo, e fino ad oggi unico, caso un cui si è fatto ricorso al procedimento di cortesia attiva (peraltro nel quadro dell'Accordo del 1991) ha preso le mosse dal ricorso presentato al Dipartimento di giustizia nel giugno 1996 dalla compagnia aerea American Airlines (76). Quest'ultima contestava l'esistenza di un abuso di posizione dominante ad opera di quattro compagnie aeree comunitarie (Air France, Iberia, Lufthansa e SAS), accusate di fornire al sistema di prenotazione Amadeus (di loro proprietà) informazioni sui voli e sulle prenotazioni più dettagliate rispetto a quelle trasmesse al sistema Sabre (di proprietà invece di American Airlines) e di operare così una discriminazione a danno di quest'ultimo. Invocando il meccanismo di cortesia attiva previsto dall'Accordo del 1991, nell'aprile 1997 l'agenzia statunitense ha richiesto alla Commissione di accertare l'esistenza di un'infrazione delle norme comunitarie sulla concorrenza. Nel corso dell'inchiesta, durata ben tre anni, la Commissione ha mantenuto stretti rapporti con il Dipartimento di giustizia, trasmettendo tutte le informazioni riguardanti le misure adottate nei confronti di Air France (l'unica delle quattro compagnie aeree giudicata responsabile di un abuso di posizione dominante), gli sviluppi progressivi dell'indagine (in particolare, i negoziati avviati con Air France per la definizione di misure atte a porre termine alla restrizione della concorrenza) e le modalità tramite le quali è stato posto termine al caso (in particolare, il codice di buona condotta concordato tra la compagnia aerea francese e Sabre per effetto del quale la prima ha assunto l'obbligo di applicare al secondo — e a tutti gli altri sistemi informatizzati di prenotazione — condizioni pari a quelle accordate al sistema Amadues).

9. Un aspetto fondamentale della cooperazione tra autorità antitrust concerne lo scambio delle informazioni. Una corretta

---

(76) Per una ricostruzione del caso v. ARMANI, *Sabre contre Amadeus e.a.: un dossier riche en enseignements*, in *Competition Policy Newsletter*, 2000, n. 3, p. 27 ss.

valutazione e l'eventuale condanna delle pratiche restrittive della concorrenza richiedono necessariamente che l'istituzione competente disponga di tutti gli elementi di fatto necessari per definire sia i caratteri della condotta contestata, sia i suoi effetti sul mercato. Particolari difficoltà sorgono nel caso di operazioni di portata internazionale, dal momento che le informazioni rilevanti possono essere in possesso delle diverse autorità nazionali interessate. Da qui la necessità di predisporre apposite norme sulla trasmissione di tali informazioni. Tuttavia, la divulgazione di queste ultime potrebbe arrecare danno alle imprese, la cui posizione sul mercato sarebbe compromessa ove i concorrenti venissero a conoscenza di notizie riservate concernenti la loro attività. Al fine di evitare tali conseguenze, gli ordinamenti nazionali dispongono di apposite regolamentazioni in materia di riservatezza, per effetto delle quali, in generale, le autorità antitrust interne si impegnano a rispettare il segreto professionale e possono utilizzare le informazioni di cui siano venute in possesso solo allo scopo di esercitare i propri poteri nel caso di specie. Proprio tali obblighi costituiscono un limite fondamentale alla trasmissione di informazioni ad autorità antitrust straniere.

Gli accordi CE-USA del 1991 e del 1998 comprendono alcune disposizioni che regolano espressamente lo scambio di informazioni tra la Commissione europea e il Dipartimento di giustizia statunitense. L'importanza di queste norme appare evidente ove si consideri l'obiettivo dei due accordi di avviare un più stretto coordinamento tra le autorità, coordinamento che mal si realizzerebbe ove un dialogo aperto e spedito tra le parti fosse impedito dal divieto di ciascuna di trasmettere all'altra tutte le informazioni in suo possesso.

Con l'art. III dell'Accordo del 1991 gli Stati Uniti e la Comunità europea riconoscono l'importanza dello scambio di informazioni per un'applicazione effettiva delle rispettive regolamentazioni in materia di concorrenza e una migliore comprensione del contesto economico in cui le autorità antitrust sono chiamate ad esercitare i loro poteri. In particolare, sono predisposti due diversi meccanismi nel cui ambito le informazioni possono essere trasmesse: il primo si basa su incontri periodici tra rappresentanti delle autorità garanti della concorrenza, nel corso dei quali possono essere esaminate questioni di carattere generale o particolare, attinenti a specifici casi; il secondo mec-

canismo si applica invece nel corso di singoli procedimenti di indagine e valutazione, su iniziativa della parte che dispone di informazioni rilevanti (par. 3) o su richiesta della controparte (par. 4).

Tuttavia, un limite all'applicazione di questa disposizione è posto dal rinvio alle legislazioni comunitarie e statunitensi operato dall'art. IX e sulla cui base è stato redatto l'art. VIII, che esonera i due contraenti dal trasmettersi informazioni la cui divulgazione sia vietata dai rispettivi ordinamenti o si ponga in contrasto con gli interessi della parte che le possiede. Nell'ipotesi in cui informazioni confidenziali vengano egualmente trasmesse, la parte che le ha ricevute è tuttavia tenuta a rispettare il loro carattere riservato.

L'ambito di applicazione della disposizione in questione è stato chiarito dalla Commissione nello *Statement on Confidentiality of Information*, trasmesso al Consiglio nel 1995 (77). La Commissione, in particolare, ha operato una distinzione tra due differenti categorie di informazioni che possono essere considerate confidenziali e così coperte dall'obbligo di riservatezza. Nella prima rientrano le informazioni venute in possesso della Commissione medesima (o delle autorità antitrust degli Stati comunitari) nel corso di un'indagine e coperte dal segreto professionale. Queste rientrano nella sfera di efficacia dell'art. 20 del regolamento n. 17/1962 sull'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE (in base al quale « la Commissione e le autorità competenti degli Stati membri nonché i loro funzionari ed altri agenti sono tenuti a non divulgare le informazioni raccolte in applicazione del presente regolamento e che, per la loro natura, sono protette dal segreto professionale » — par. 2) e la loro trasmissione alle autorità statunitensi può avvenire solo previo consenso del soggetto che le ha fornite. Le informazioni riguardanti invece lo svolgimento di un'inchiesta (in particolare, il fatto che quest'ultima sia stata aperta, l'identità delle imprese convenute e le fasi successive lungo le quali la Commissione intenda procedere)

---

(77) V. *Commission Report* dell'11 maggio 1998, cit., p. 4 ss. Secondo quanto dichiarato dalla Commissione, lo *Statement* in questione si applica anche alle informazioni trasmesse in applicazione dell'Accordo del 1998 (v. la relazione sull'applicazione dell'Accordo del 1991 trasmessa al Consiglio e al Parlamento europeo nell'aprile 1999 — *ante* nota 66).

sono anch'esse considerate confidenziali, ma possono essere autonomamente trasmesse dalla Commissione alle autorità statunitensi, fermo restando l'obbligo di queste ultime di mantenere la loro riservatezza.

10. L'entrata in vigore degli accordi del 1991 e del 1998 ha dato un considerevole impulso alla cooperazione tra la Commissione europea e il Dipartimento di giustizia statunitense, come risulta dalle relazioni annuali presentate dalla Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo (78). Ciò nonostante, alcune considerazioni critiche si impongono all'attenzione dell'osservatore.

Va infatti considerato che l'assunzione da parte degli Stati di obblighi di cooperazione strumentali e procedurali, pur potendosi rivelarsi utile alla soluzione di conflitti di giurisdizione, non necessariamente riduce il rischio che le autorità antitrust esprimano valutazioni sostanziali divergenti in merito alla medesima operazione economico-finanziaria (79). Nei rapporti Comunità europea — Stati Uniti, la Commissione e il Dipartimento di giustizia hanno trovato una via di intesa in alcuni importanti casi riguardanti operazioni di concentrazione di grandi dimensioni: la fusione nel settore delle telecomunicazioni di MCI Worldcom con Sprint Corporation è stata infatti giudicata illecita da entrambe le autorità (80), mentre i casi Boeing/Mc Donnel Douglas e AOL/Time Warner sono stati risolti, seppur *in extremis*, grazie all'accettazione da parte comunitaria dei rimedi proposti dalle società interessate (81). Ciò nonostante, la recente vicenda

(78) Cfr. il documento più recente COM(2000) 618 def., cit.

(79) V. PICONE, *L'applicazione*, cit., p. 169 ss., il quale (richiamandosi all'*interests balancing approach*) considera idoneo alla soluzione di tali conflitti il ricorso a procedimenti arbitrali o giurisdizionali chiamati dalle parti a pronunciarsi in base al principio di equità.

(80) Commission Decision of 28 June 2000 declaring a concentration incompatible with the common market and the EEA Agreement — Case No COMP/M.1741 — MCI WorldCom/Sprint. Il risultato dell'inchiesta del Dipartimento di giustizia è invece diponibile sul sito web www.justice.gov/atr/cases/f5000/5051.htm.

(81) V., rispettivamente, *ante* nota 39 e Commission Decision of 11 October 2000 declaring a concentration to be compatible with the common market and the EEA Agreement — Case No COMP/M.1845 — AOL/Time Warner.

della fusione tra General Electric Company e Honeywell segna un momento critico nelle relazioni tra la Commissione e il Dipartimento di giustizia, pervenute a giudizi contrastanti quanto alla portata degli effetti anticompetitivi dell'operazione (82).

Il caso riguardava una proposta di concentrazione in base alla quale la General Electric (tramite una sua sussidiaria) avrebbe acquistato l'intero capitale azionario della Honeywell. L'operazione avrebbe interessato un vasto numero di mercati, dal momento che General Electric e Honeywell sono due imprese conglomerali la cui attività si estende a numerosi settori, sovrapponendosi solo in pochi mercati, tra cui quello dei motori per aeromobili. Tale circostanza non ha assunto un peso rilevante nella valutazione condotta dal Dipartimento di giustizia, secondo il quale l'operazione non avrebbe presentato caratteri tali da alterare le condizioni di competitività dei mercati, ma piuttosto si sarebbe risolta in un vantaggio per i consumatori (nel caso di specie, le compagnie aeree) in termini di livello dei prezzi di acquisto e di qualità di beni e servizi offerti (83). All'opposto, l'indagine comunitaria si sofferma ampiamente sul cosiddetto « effetto portafoglio » della fusione proposta (84) e si estende all'e-

---

(82) Per un esame del caso v. PETIT, GARNIER, DE LUYCK, *General Electric/Honeywell. An insight into the Commission's investigation and decision*, in *Competition Policy Newsletter*, 2001, n. 3, p. 5 ss. V. anche *Reconciling Divergent Enforcement Policies: Where Do We Go from Here?*, address by Charles A. James, Assistant Attorney General, Antitrust Division U.S., Department of Justice, presented at the Fordham Corporate Law Institute, 28th Annual Conference on International Law and Policy, October 25, 2001; *Conglomerate Mergers and Range Effects: It's a Long Way from Chicago to Brussels*, address by William J. Kolasky, Deputy Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice, before the George Mason University Symposium, Washington, DC, November 9, 2001; *Antitrust Division Submission for OECD Roundtable on Portfolio Effects in Conglomerate Mergers. Range Effects: The United States Perspective* del 10 dicembre 2001. I documenti in ultimo richiamati sono disponibili sul sito web del Dipartimento di giustizia www.justice.gov.

(83) *Statement by Assistant Attorney General Charles A. James on the EU's Decision regarding the GE/Honeywell Acquisision* del 3 luglio 2001, disponibile sul sito web del Dipartimento di giustizia, www.justice.gov.

(84) La nozione di « effetto portafoglio » è stata elaborata per la prima volta dalla Commissione nel caso Guinness/Grand Metropolitan, relativo alla fusione tra due società britanniche produttrici e distributrici di acqueviti. Nel pronunciarsi circa la compatibilità dell'operazione con il mercato comune, la Commissione non si è limitata ad esaminare i mercati merceologici e nazionali nei quali

same dei vantaggi che la General Electric avrebbe acquisito per effetto della creazione o del rafforzamento di una posizione dominante su numerosi mercati, come risultato di sovrapposizioni orizzontali con Honeywell, della combinazione della posizione di mercato della Honeywell con la forza economico-finanziaria di General Electric e, infine, dell'integrazione verticale tra le attività di acquisto, finanziamento e leasing di General Electric e l'attività produttiva della controparte. Nella sua decisione del 3 luglio 2001 (85), la Commissione giunge così a formulare un giudizio d'incompatibilità con il mercato comune, nonostante gli intensi contatti intrattenuti nel corso dell'indagine con il Dipartimento di giustizia statunitense e le proposte di General Electric di modifica dei termini della fusione (86).

In secondo luogo, non può trascurarsi il fatto che la disci-

---

la concentrazione avrebbe potuto dar luogo a quote di mercato (o a cumuli di quote di mercato) rilevanti, ma ha esteso la propria indagine anche ai vantaggi che l'impresa sorta dalla fusione avrebbe ricavato dalla detenzione di un portafoglio differenziato di marchi, collocabili su vari segmenti di qualità e di prezzo. Nella decisione finale si osserva che tale circostanza avrebbe conferito all'impresa in questione un considerevole margine di flessibilità nell'elaborazione delle strategie di marketing e di prezzo, cui ricorrere per contrastare efficacemente le pressioni del mercato provenienti dalla concorrenza. V. la Decisione 98/602 del 15 ottobre 1997 che dichiara la compatibilità di una concentrazione con il mercato comune e con il funzionamento dell'accordo SEE (Caso IV/M.938 — Guinness/Grand Metropolitan), in *GUCE* L 288 del 27 ottobre 1998, p. 24 ss. (in particolare, parr. 91 ss.).

(85) Commission Decision of 03 July 2001 declaring a concentration to be incompatibile with the common market and the EEA Agreement — Case No COMP/M.2220 — General Electric/Honeywell. Nel settembre 2001, le due compagnie statunitensi hanno presentato ricorso al Tribunale di primo grado per l'annullamento della decisione in questione (causa T-209/01). Sulle argomentazioni addotte v. *GUCE* C 331 del 24 novembre 2001, p. 23 ss.

(86) Esplicativo dei termini del dibattito tecnico-politico tra funzionari antitrust statunitensi e comunitari cui il caso in questione ha dato vita è il commento di un ufficiale del Dipartimento di giustizia: « This is not a trade dispute. No one believes the E.U. opposed the transaction to favor national interests. Nor was this a failure of cooperation. In fact, it would be hard to imagine how we could have cooperated more closely. Rather, it is a simple, but rather fundamental, doctrinal disagreement over the economic purposes and scope of antitrust enforcement. What led the U.S. to clear the transaction — the prospect that it would make the combined firm a more effective competitor — was the very reason the E.U. opposed it. ... we appear to disagree over the meaning of competition » (*Reconciling Divergent Enforcement Policies*, cit., p. 4 ss.).

plina specifica delle modalità di cooperazione contemplate dagli accordi del 1991 e del 1998 si presenta lacunosa sotto numerosi profili.

Numerose disposizioni contenute nei due accordi hanno, infatti, natura programmatica e, lungi dall'imporre alle parti il rispetto di obblighi specifici, descrivono piuttosto in termini generali il contesto e gli strumenti di cooperazione cui possono ricorrere le autorità antitrust. Ad esempio, l'art. VI del 1991 non indica le condizioni che devono ricorrere affinché l'istituto della cortesia negativa possa applicarsi in modo tale da garantire una tutela effettiva degli interessi di entrambe le parti, ma semplicemente crea una struttura normativa con l'obiettivo generico di limitare i conflitti di giurisdizione tra Stati Uniti e Comunità europea.

Inoltre, il pieno funzionamento degli strumenti esaminati è ostacolato dal frequente rinvio che i due accordi operano alla legislazione e agli interessi delle parti, così legittimate a non soddisfare le richieste della controparte considerate inconciliabili con le proprie esigenze di natura giuridica o, più in generale, economica. Come abbiamo visto, questo è soprattutto il caso delle norme sullo scambio delle informazioni, che, motivate dalla necessità di tutelare il segreto professionale delle imprese soggette ad indagine e valutazione, di fatto rischiano di impedire alla controparte di venire in possesso di tutti gli elementi necessari per esprimersi sulla liceità della condotta contestata. Solo in alcuni casi, l'ostacolo è stato superato grazie alla disponibilità manifestata dalle imprese a derogare al diritto di riservatezza e a consentire la trasmissione delle informazioni che le riguardavano.

Inoltre, l'efficacia della disciplina dell'istituto della cortesia attiva (la cui applicazione impedirebbe il sorgere di contrasti legati all'applicazione extraterritoriale delle norme sulla concorrenza) è condizionata dall'autonomia decisionale di cui beneficia la parte richiesta. L'art. V dell'Accordo del 1991 prevede espressamente che « nothing in this article limits the discretion of the notified party under its competition laws and enforcements policies as to whether or not undertake enforcement activities with respect to notified anticompetitive practices ». Ove non lo giudichi opportuno (sulla base anche delle implicazioni che la restrizione della concorrenza in questione può avere sul mercato interno), la parte richiesta potrà decidere di non sottoporre ad in-

dagine la pratica contestata, consentendo così al suo autore di porre in essere un'alterazione dei rapporti competitivi tra Comunità europea e USA: risultato, questo, che si pone in netto contrasto con l'adesione delle due parti ai principi del liberismo economico.

L'efficacia dello strumento della cortesia attiva è altresì compromessa dai limiti posti dai due accordi alla sua applicazione. In entrambi è infatti previsto che una richiesta di avvio di indagini e di altri procedimenti amministrativi può essere presentata solo se la condotta anticoncorrenziale è vietata ai sensi del diritto antitrust in vigore nel territorio in cui essa ha luogo. Il meccanismo di cooperazione non è quindi concepito per ripristinare la competitività dei mercati in ogni caso, anche quando il pregiudizio agli interessi dei consumatori o degli esportatori di una parte derivi da pratiche lecite. Infine, un ulteriore limite deriva dal fatto che le concentrazioni sono espressamente escluse dall'ambito di applicazione dell'Accordo del 1998, nonostante il fatto che esse siano l'oggetto della maggior parte delle notifiche trasmesse tra la Comunità europea e il Dipartimento di giustizia statunitense. Appare così evidente come tale circostanza non rispecchi affatto le esigenze di tutela della competitività dei mercati nell'attuale contesto di integrazione e interdipendenza dei sistemi economici nazionali, nel quale le operazioni di concentrazione rientrano tra le scelte strategiche adottate degli operatori privati al fine di rafforzare all'estero il proprio potere di mercato e la progressiva rimozione di ostacoli ai movimenti internazionali di capitali facilita la partecipazione ad attività produttive o commerciali localizzate all'estero.

X.

L'INTERAZIONE TRA LA DISCIPLINA DELL'UNIONE ECONOMICA E MONETARIA E QUELLA DELLE COOPERAZIONI RAFFORZATE

DI

RICCARDO BASSO

Funzionario della Banca d'Italia

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Le diverse posizioni degli Stati membri nei confronti dell'unione economica e monetaria. — 3. Le cooperazioni rafforzate nel Trattato di Amsterdam. — 4. I campi dell'interazione delle discipline sull'unione economica e monetaria e sulla cooperazione rafforzata. — 5. Applicazione all'unione economica e monetaria di principi previsti dalla disciplina sulle cooperazioni rafforzate: l'efficacia territoriale del diritto derivato e la partecipazione ai lavori del Consiglio. — 6. Applicazione alle cooperazioni rafforzate di principi che sottendono la disciplina dell'unione economica e monetaria. — 7. Applicazione della disciplina sulle cooperazioni rafforzate in settori attigui all'unione economica e monetaria: l'Eurogruppo. — 8. Esperienze maturate nell'unione economica e monetaria e cooperazioni rafforzate: i rapporti tra Stati membri partecipanti e Stati membri non partecipanti. — 9. Il consolidamento di principi contenuti nella disciplina sull'unione economica e monetaria ad opera della disciplina sulle cooperazioni rafforzate: il ruolo del Parlamento europeo. — 10. Conclusioni.

1. Il 3 maggio 1998, al termine di un lungo *iter* procedurale, il Consiglio dell'Unione europea nella composizione dei Capi di Stato e di Governo ha indicato, ai sensi dell'art. 121, par. 4, del Trattato che istituisce la Comunità europea (d'ora in avanti, TCE) (1), quali Stati membri avrebbero adottato sin dall'inizio la moneta unica.

In quella circostanza venne valutata la realizzazione della prescritta convergenza — legale ed economica — da parte di tredici Stati membri, dei quali undici (Austria, Belgio, Germania, Finlandia, Francia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna) risultarono idonei per l'adozione della moneta unica e due (Grecia e Svezia) inidonei. Altri due Stati membri — Danimarca e Regno Unito — viceversa, non furono sottoposti ad alcuna valutazione, in quanto si erano avvalsi della fa-

---

Le opinioni espresse nel testo sono personali dell'autore e non impegnano la Banca d'Italia quale istituto di appartenenza.

(1) Ove non diversamente specificato, il richiamo a disposizioni comunitarie attraverso la menzione dell'articolo andrà riferito a disposizioni TCE.

coltà, loro riconosciuta da specifici protocolli (2), di non partecipare alla terza fase dell'unione economica e monetaria. Successivamente, la Grecia è stata ammessa senza deroga alla terza fase dell'unione economica e monetaria a far data dal 1° gennaio 2001.

Conseguentemente, una delle punte più avanzate dell'integrazione comunitaria, l'adozione di una moneta unica, si caratterizza attualmente per la partecipazione di dodici Stati membri su un totale di quindici; dei tre rimasti fuori, uno lo è in via transitoria, nell'attesa che sia condotta a termine la convergenza richiesta dal Trattato; due, invece, lo resteranno finché così riterranno opportuno. Questa articolata struttura costituisce un esperimento importante di sviluppo dell'integrazione europea attraverso tappe che da principio non prevedono necessariamente la partecipazione di tutti gli Stati membri della Comunità (3).

Numerosi commentatori del Trattato di Maastricht (*Tratta-*

---

(2) Si tratta dei protocolli n. 11 (Regno Unito) e 12 (Danimarca) del Trattato sull'Unione europea.

(3) Per gli Stati membri rimasti esclusi dalla moneta unica perché non in possesso dei requisiti legali ed economici, trattandosi di una situazione transitoria, si parla di integrazione a *più velocità*, mentre per il Regno Unito e la Danimarca, rimasti fuori per loro scelta e a tempo indeterminato, si è affermata l'espressione di integrazione *a geometria variabile*. Mentre il metodo a più velocità, seppure in maniera meno marcata, è stato frequentemente impiegato nella storia dell'integrazione comunitaria attraverso il sistema delle deroghe (ad esempio nei trattati di accesso), la *geometria variabile* costituisce, sul piano del metodo, un'importante novità introdotta dal Trattato di Maastricht. È stato altresì osservato che tanto il Trattato di Maastricht quanto il Trattato di Amsterdam, nel fare ampio impiego di forme di flessibilità (peraltro tra loro non omgenee), attuerebbero una sorta di differenziazione *à la carte* « *with opt-outs being established on ad hoc basis by Member States developing various forms of exemptions from policies to which they took exception* »; cfr. D. CHALMERS, *European Union Law*, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sydney, 1998, p. 255 ss. Per una rassegna dei diversi possibili tipi di integrazione differenziata, emersi soprattutto nel dibattito politico che ha preceduto la firma dei trattati di Maastricht e di Amsterdam, cfr. C.D. EHLERMANN, *Engere Zusammenarbeit nach dem Amsterdamer Vertrag: Ein neues Verfassungsprinzip?*, in *Europarecht*, 1997, p. 362 e ivi alle pp. 363 ss.; N. WALKER, *Sovereignty and Differentiated Integration in the European Union*, in *E.L.J.*, 1998, p. 355 e ivi alle pp. 362 ss.; J. MARTÍN-P. DE NANCLARES, *La flexibilidad en el Tratado de Amsterdam: especial referencia a la noción de cooperación reforzada*, in *Rev. de derecho comunitario europeo*, 1998, p. 205 e ivi alle pp. 210 ss.; J. SHAW, *The Treaty of Amsterdam: Challenges of Flexibility and Legitimacy*, in *E.L.J.*, 1998, p. 63 e ivi alle pp. 65 ss.; A. STUBB, *A Categorization of Differentiated Integration*, in *J.C.M.S.*, 1996, p. 283,

to sull'Unione europea) hanno posto in rilievo come questa complessa struttura concorra a fare dell'unione economica e monetaria « una forte discontinuità giuridico-istituzionale e perfino una certa deviazione rispetto a quella che si potrebbe definire l'ortodossia comunitaria » (4) ovvero a rendere l'Unione « *a Europe of bits and pieces* », sebbene nel rispetto del carattere comunitario del metodo (5). Effettivamente, la creazione di un settore della Comunità a partecipazione limitata (quantunque, astrattamente, aperta a tutti) comporta deroghe ad una serie di principi consolidati dell'integrazione comunitaria, da sempre caratterizzata dall'uniformità della disciplina e dalla transitorietà delle deroghe. L'inclusione in un ordinamento che ha quei principi nel proprio patrimonio genetico di un « corpo estraneo » (6) quale l'unione economica e monetaria ha creato (e crea) al giurista non pochi problemi, rivenienti dalla difficoltà di operare un raccordo tra l'impostazione del Trattato, che presuppone il principio di uniformità, e quella particolare dell'unione economica e monetaria, che mette in conto la possibilità di una partecipazione limitata degli Stati membri. Ed infatti, nel corso della preparazione per il passaggio alla terza fase e dei primi anni di vita dell'unione monetaria, sono emersi non pochi problemi relativi a come regolare situazioni per le quali da una parte manca una disposizione *ad hoc*, dall'altra il diritto generale che verrebbe in rilievo non soccorre, perché pensato per sostenere un processo di integrazione che coinvolge tutti gli Stati membri (7).

Un anno dopo l'individuazione degli Stati membri ammessi

---

passim (quest'ultimo, peraltro, ascrive la posizione di Regno Unito e Danimarca alla categoria dell'integrazione *à la carte*).

(4) A. TIZZANO, *Qualche considerazione sull'Unione economica e monetaria*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1997, p. 455 e ivi a p. 458.

(5) La definizione è di D. CURTIN, *The Constitutional Structure of the Union: a Europe of Bits and Pieces*, in *C.M.L. Rev.*, 1993, p. 17 e, in particolare, alle pp. 51 ss. L'autore ritiene che l'unione economica e monetaria, pur derogando al principio di uniformità, preservi il metodo comunitario, perché — a differenza di quanto avvenuto con il Protocollo sulla politica sociale — tutti gli Stati membri, ivi inclusi Regno Unito e Danimarca, hanno accettato, con la firma del Trattato di Maastricht, che anche quella monetaria divenisse una politica della Comunità (pp. 58-59).

(6) L'espressione è sempre di A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 458.

(7) Per una rassegna di alcuni dei problemi affrontati nel corso dei lavori preparatori in vista del passaggio alla terza fase dell'unione economica e moneta-

sin dall'inizio all'area dell'euro, il 1° maggio 1999, è entrato in vigore il Trattato di Amsterdam (8), il quale introduce per il primo ed il terzo pilastro dell'Unione una disciplina generale delle cooperazioni rafforzate, ossia di iniziative portate avanti da alcuni (ma non da tutti gli) Stati membri.

Lo scopo di questo scritto vuole essere quello di esplorare le possibili forme di interazione tra la disciplina dell'unione economica e monetaria e quella delle cooperazioni rafforzate. La ragione che può rendere proficuo un approfondimento di tal fatta va ricercata nella complementarità dei due corpi normativi: ed infatti, mentre entrambi si riferiscono ad iniziative intraprese senza il concorso di alcuni Stati membri, l'uno pone una normativa speciale, l'altro è di carattere generale; l'unione economica e monetaria, inoltre, è disciplinata attraverso norme estremamente dettagliate (9), mentre per le cooperazioni rafforzate è prevista soltanto una disciplina quadro. Ne consegue che, da una parte, è possibile rinvenire nelle regole sulla cooperazione rafforzata una sponda per agevolare l'inserimento dell'unione economica e monetaria nel corpo del Trattato e che dall'altra, dalle norme e dalle modalità di attuazione dell'unione economica e monetaria si possono trarre utili spunti per l'interpretazione e l'attuazione delle disposizioni scarne sulle cooperazioni rafforzate.

Essendo questo il fine dell'approfondimento, si illustreranno dapprima i tratti principali dei due corpi normativi, con particolare riguardo, per l'unione economica e monetaria, agli aspetti connessi con i differenti gradi di coinvolgimento degli Stati membri e, per le cooperazioni rafforzate, alla regolamentazione relativa al primo pilastro, essendo in quest'ultimo inserita la disciplina dell'unione economica e monetaria (parr. 2 e 3). Si tenterà quindi di mettere a fuoco le ragioni per le quali è possibile argomentare un'interazione tra i due corpi normativi, i quali, formalmente, sono autonomi, non disponendo il Trattato alcun raccordo; attraverso quest'indagine si intende individuare altresì i limiti in cui detta interazione può avvenire (par. 4). Infi-

---

ria, cfr. J.V. LOUIS, *A Legal and Institutional Approach for Building a Monetary Union*, in *C.M.L. Rev.*, 1998, p. 33 e ivi alle pp. 63 ss.

(8) Firmato il 2 ottobre 1997, in *GUCE*, 1997, C 340/1.

(9) Cfr. A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 458, il quale parla, con riguardo alle norme sull'unione economica e monetaria, di « trattato-legge ».

ne, si illustreranno casi concreti nei quali può risultare utile una considerazione congiunta dei due sistemi (parr. da 5 a 9).

2. Come è noto, l'unione economica e monetaria è stata regolamentata, quale parte integrante del TCE, dal Trattato sull'Unione europea (d'ora in avanti, TUE) firmato il 7 febbraio 1992 (10) ed entrato in vigore il 1° novembre 1993.

Nell'impostazione del Trattato la compiuta realizzazione dell'unione economica e monetaria è preceduta da un periodo di transizione suddiviso in tre « fasi » di attuazione (11); il varo della moneta unica viene fatto coincidere con l'inizio del terzo livello di attuazione. Il passaggio dalla prima alla seconda fase è previsto come un fatto automatico e preceduto solamente da una valutazione del Consiglio, condotta su proposta della Commissione, concernente i progressi compiuti verso la convergenza economica (art. 116, par. 2, lett. *b*). Diversamente, il passaggio dalla seconda alla terza fase include una valutazione su quali Stati membri soddisfino « le condizioni necessarie per l'adozione della moneta unica » (art. 121). Dette condizioni sono comunemente indicate come requisiti di convergenza economica e giuridica (12).

---

(10) In *GUCE*, 1992, C 191/1.

(11) L'idea di un *approccio graduale* era contenuta nel rapporto Delors (sul quale cfr. G.L. TOSATO, *Dal mercato comune all'unione economica e monetaria*, in G.L. TOSATO, *L'unione economica e monetaria e l'euro - Aspetti giuridici e istituzionali*, Torino 1999, p. 3 e ivi alle pp. 17-18) e venne fatta propria dal Consiglio europeo di Madrid (26-27 giugno 1989), il quale fissò l'inizio di una prima fase al 1° luglio 1990. Il Trattato di Maastricht presuppone questa prima fase e regola direttamente le successive fasi 2 e 3 (artt. 116 e ss.).

(12) Il conseguimento della convergenza economica, identificata con la realizzazione di *un alto grado di sostenibile convergenza*, viene appurato attraverso una complessa procedura, per la quale sono individuati altresì alcuni parametri di riferimento sui quali gli organi della Comunità chiamati a pronunciarsi (l'Istituto monetario europeo, la Commissione, il Parlamento europeo, il Consiglio Eco/Fin, il Consiglio nella composizione dei Capi di Stato e di Governo) devono, in diversa misura, fondare il proprio giudizio. Detti parametri, esposti nell'art. 121, par. 1, e in un apposito protocollo allegato al TCE (Protocollo n. 6 del TUE) richiedono la valutazione della convergenza di determinati fondamentali economici — ritenuti punti di vista privilegiati riguardo alla complessiva convergenza delle economie — verso valori individuati, in senso assoluto o in senso relativo, dal Trattato. Essi riguardano la stabilità dei prezzi, la sostenibilità delle finanze pubbliche, la stabilità

Gli Stati membri che al momento della valutazione richiesta dal Trattato avevano conseguito quelle condizioni non avrebbero potuto esimersi dall'adozione della moneta unica, trattandosi per essi di un passaggio obbligatorio. Per due Stati membri, Danimarca e Regno Unito, tuttavia, altrettanti protocolli allegati al TCE (13) prevedono la possibilità di sottrarsi al giudizio sulla convergenza e, conseguentemente, all'adozione della moneta unica. Il loro assoggettamento alla valutazione prevista dall'art. 121, par. 2, è infatti subordinato alla notificazione alla Comunità di un intendimento di partecipare alla terza fase dell'unione economica e monetaria, maturato secondo le rispettive procedure costituzionali. Entrambi, invece, hanno notificato la propria intenzione di non partecipare alla terza fase prima che fosse avviato l'*iter* per la relativa decisione.

Conseguentemente, la valutazione sulla convergenza, avvenuta nella primavera del 1998 (14), ha riguardato solo i restanti

---

dei tassi di cambio, il livello dei tassi di interesse e vengono tuttora in rilievo per le future procedure volte a valutare se gli Stati membri non partecipanti abbiano successivamente maturato le condizioni per l'adozione dell'euro (art. 122). Per un'analisi dei parametri di convergenza e del loro significato nell'ambito del giudizio per il passaggio alla terza fase dell'unione economica e monetaria, sia consentito il rinvio a R. BASSO, *L'unione economica e monetaria e l'euro: principi di base e misure di attuazione*, in G.L. TOSATO, *L'unione economica e monetaria e l'euro - Aspetti giuridici e istituzionali*, cit., p. 25 e ivi alle pp. 65 ss.

Quanto alla convergenza legale, il TCE richiede che gli Stati membri adeguino, prima dell'avvio della terza fase, le legislazioni e gli statuti delle Banche centrali nazionali a quanto richiesto dagli artt. 107 e 108 nonché dallo Statuto del Sistema europeo di banche centrali (SEBC). Ciò sia al fine di garantire l'indipendenza delle Banche centrali nazionali (funzionale, evidentemente, all'indipendenza del SEBC nel suo complesso, che è uno dei tratti caratterizzanti l'unione economica e monetaria), sia al fine di rendere possibile l'introduzione dell'euro in luogo delle valute nazionali.

(13) Cfr. la nota n. 2. Ai sensi dell'art. 311 il valore dei protocolli è equiparato a quello del Trattato. Per la tesi contraria, secondo la quale l'articolo in questione si riferirebbe soltanto ai protocolli originariamente allegati al Trattato di Roma, cfr. VEDDER, *sub* art. 239, in E. GRABITZ-M. HILF (a cura di), *Kommentar zum EWG-Vertrag*, München 1998, punti 1 e 3.

(14) Il passaggio alla terza fase dell'unione economica e monetaria è previsto dal Trattato dapprima come eventuale, qualora, ricorrendo una serie di condizioni, il Consiglio lo avesse ritenuto opportuno entro il 1996 (art. 121, par. 3); successivamente, è considerato un evento necessario, da realizzarsi a partire dal 1º gennaio 1999. L'unico caso, che — secondo la dottrina — avrebbe giustificato il mantenimento delle valute nazionali, sarebbe stato quello in cui la convergenza

tredici Stati membri; di questi, come già si è detto, undici sono poi risultati in possesso dei requisiti prescritti per l'adozione della moneta unica, due — Svezia e Grecia — no. Successivamente, la deroga della Grecia è venuta meno, a partire dal 1° gennaio 2001. Ne consegue che attualmente gli Stati membri si lasciano ricondurre a tre categorie: gli Stati membri partecipanti alla terza fase dell'unione economica e monetaria *senza deroga* (i dodici che hanno adottato la moneta unica), gli Stati membri partecipanti alla terza fase dell'unione economica e monetaria *con deroga* (la Svezia), gli Stati membri che si sono avvalsi della facoltà di *opting out* (Danimarca e Regno Unito), i quali ultimi non partecipano alla terza fase dell'unione economica e monetaria. Le ultime due categorie costituiscono il gruppo degli Stati membri che non adottano l'euro.

Sono Stati membri senza deroga quelli che, essendo stati ritenuti in possesso delle condizioni di convergenza al termine delle procedure regolate dall'art. 121, par. 2, e dall'art. 122, par. 2, hanno adottato la moneta unica. Va evidenziato che il conseguimento dello *status* di Stato membro senza deroga deriva da una decisione del Consiglio adottata a maggioranza qualificata e prescinde pertanto dal consenso dello Stato membro interessato. Sono invece Stati membri con deroga quelli che, risultando sprovvisti dei requisiti richiesti dal Trattato, sono stati giudicati inidonei per l'accesso all'area monetaria comune.

La prima importante conseguenza del passaggio alla terza fase per gli Stati membri senza deroga è evidentemente costituita dal trasferimento integrale in sede comunitaria delle competenze monetarie, che vengono esercitate, secondo gli schemi previsti dal Trattato, con l'intervento del Sistema europeo di banche centrali (d'ora in avanti SEBC), del Consiglio, della Commissione, del Parlamento europeo.

Agli Stati membri con deroga la normativa relativa alla terza fase dell'unione economica e monetaria si applica invece solo parzialmente. In particolare, essi — attraverso la propria Banca

---

fosse stata conseguita da un numero talmente limitato di Stati membri che ne sarebbero risultati pregiudicati il funzionamento dell'unione monetaria e la sua stabilità (cfr. H. KROTZ, *Der Termin des 1. Januar 1999 - Zielvorgabe oder Automatismus für den Beginn der Endstufe der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion?*, in *EuR*, 1996, p. 80 e ivi a p. 93).

centrale nazionale — concorrono a formare il SEBC, ma rimangono esclusi dai momenti decisionali più importanti (15); parallelamente, continuano ad esercitare in autonomia la politica monetaria.

Lo *status* — con o senza deroga — di Stato membro ha anche riflessi sull'applicazione di altri istituti, esterni all'unione monetaria ma ad essa contigui. È il caso dell'art. 104, che disciplina il regime delle finanze pubbliche. Alla stregua di questa norma (che, in virtù dell'art. 116, par. 3, trova piena applicazione a partire dalla terza fase), gli Stati membri devono evitare disavanzi pubblici eccessivi. Onde rendere effettivo questo impegno è prevista una procedura di controllo e di contestazione, che ha come finalità quella di indurre gli Stati membri con un indebitamento eccessivo ad orientarsi verso politiche di bilancio coerenti con gli obiettivi comunitari. Detta procedura prevede diversi stadi a seconda della gravità dell'inottemperanza (16). L'art. 104 nella sua interezza si applica soltanto agli Stati membri senza deroga; gli Stati membri con deroga soggiacciono al di-

---

(15) Cfr. G. NAPOLETANO, *La riforma della Banca d'Italia per l'accesso alla terza fase dell'unione economica e monetaria*, in *Scritti in memoria di P. De Vecchis*, Banca d'Italia, Roma 1999, vol. II, p. 635. Per indicare l'insieme della BCE e delle Banche centrali nazionali degli Stati membri senza deroga è stata adottata l'espressione di Eurosistema (cfr., al riguardo, BANCA CENTRALE EUROPEA, *Bollettino mensile*, gennaio 1999, p. 7).

(16) Il primo livello è costituito da una delibera con la quale il Consiglio, su proposta della Commissione: 1) decide, dopo una valutazione globale, se sussiste un disavanzo eccessivo; 2) raccomanda allo Stato membro di porre fine alla situazione di disavanzo eccessivo entro un determinato termine. Il secondo livello — che, in virtù dell'art. 122, par. 3, si applica ai soli Stati membri senza deroga — interviene quando lo Stato membro persista nel disattendere le indicazioni del Consiglio: in tal caso, quest'ultimo potrà intimare misure concrete volte a ridurre i disavanzi di bilancio, attraverso una decisione. Questo secondo livello si caratterizza, rispetto al primo, per l'impiego di un atto vincolante, la decisione, che contiene indicazioni precise su come ridurre il disavanzo. Il mancato rispetto della decisione non può essere rilevato attraverso l'ordinaria procedura di infrazione di cui agli artt. 226 e 227 (così l'art. 104, par. 10), bensì seguendo una procedura speciale, regolata dal medesimo art. 104 al par. 11, che prevede il giudizio in una sede a carattere politico: ancora una volta il Consiglio. Quest'ultimo, sempre con decisione, può irrogare allo Stato membro inadempiente una o più sanzioni (richiesta di pubblicare informazioni supplementari prima dell'emissione di titoli di debito; richiesta alla Banca europea per gli investimenti di riconsiderare la propria politica di prestiti verso lo Stato membro; deposito infruttifero di denaro fino alla cessazione dell'infrazione; ammenda).

vieto di disavanzi pubblici eccessivi (par. 1) ma non a quella parte della procedura che può concludersi con decisioni vincolanti del Consiglio e con l'irrogazione di sanzioni (parr. 9 e 11). La ragione di una simile differenziazione va ricercata nel rilievo che assume, ai fini di un buon funzionamento dell'unione monetaria, il contenimento dei disavanzi pubblici. Infatti, gli Stati membri senza deroga, avendo perduto la disponibilità della leva monetaria, devono essere nelle condizioni di impiegare al meglio la politica fiscale in funzione anticiclica (il che presuppone che non siano gravati da un indebitamento eccessivo); inoltre, esiste il pericolo che uno Stato membro fortemente indebitato eserciti pressioni sulla Banca centrale europea affinché si orienti verso un obiettivo attenuato di stabilità dei prezzi; infine, *stock* di debito eccessivi potrebbero pregiudicare la stabilità finanziaria dell'area monetaria comune e il valore esterno dell'euro.

Le medesime considerazioni hanno indotto gli Stati membri, in prossimità del varo della moneta unica, a mettere a punto il c.d. *Patto di stabilità e crescita*, volto a restringere e guidare la discrezionalità delle istituzioni nell'applicazione della disciplina sui disavanzi pubblici nonché a conferire particolare enfasi, nell'ambito della sorveglianza multilaterale prevista dall'art. 99, all'evoluzione dei bilanci statali (17). Anche la disciplina introdotta in forza del Patto di stabilità ha un'applicazione differenziata a seconda dello *status*, con o senza deroga, degli Stati membri (18).

---

(17) Da un punto di vista formale, il Patto di stabilità si articola in una risoluzione del Consiglio europeo (Consiglio europeo di Dublino del 13 e 14 dicembre 1996, Conclusioni della Presidenza, II, 1.3, in *Boll. UE*, 12-1996, p. 9 ss.) e in due regolamenti, emanati, rispettivamente, sulla base degli artt. 99, par. 5, e 104, par. 14, comma 2. Sul Patto di stabilità e crescita cfr. H.J. HAHN, *The Stability Pact for European Monetary Union. Compliance with Deficit Limit as a Constant Legal Duty*, in *C.M.L. Rev.*, 1998, p. 77, *passim*.

(18) Così, il regolamento n. 1466/97 (in *GUCE*, 1997, L 209/1), adottato in base all'art. 99, par. 5, prevede un diverso (anche se simile) regime di sorveglianza multilaterale, giustificato dall'inclusione ovvero dall'esclusione rispetto all'area monetaria comune: nell'un caso, gli Stati membri devono presentare, ai fini del controllo comunitario, *programmi di stabilità*; nell'altro, invece, *programmi di convergenza*. Il regolamento n. 1467/97 (in *GUCE*, 1997, L 209/6), che specifica alcune modalità di attuazione dell'art. 104, interessa poi gli Stati membri che non adottano la moneta unica solo nei limiti in cui ad essi viene applicata quella disposizione del Trattato.

Le modalità per il superamento dello *status* di Stato membro con deroga sono disciplinate dall'art. 122, par. 2, il quale prevede che su richiesta dello Stato membro interessato e, comunque, almeno ogni due anni, venga avviata una procedura volta a valutare se gli Stati membri con deroga soddisfino le condizioni per adottare la moneta unica. Sotto un punto di vista procedurale, l'*iter* che conduce alla valutazione in questione è parzialmente diverso da quello che ha segnato la selezione dei Paesi ammessi all'area monetaria comune sin dal suo avvio: la Banca centrale europea (che prende il posto dell'Istituto monetario europeo) e la Commissione riferiscono al Consiglio (Eco/Fin) sui risultati della convergenza; quindi il Consiglio (Eco/Fin) — acquisito il parere del Parlamento europeo e dopo che si è tenuto un dibattito in sede di Consiglio riunito nella composizione dei Capi di Stato e di Governo —, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, decide se sia il caso di eliminare la deroga (19).

Per gli Stati membri con deroga sussiste — a nostro avviso

---

(19) Detta procedura è ancora più singolare di quella prevista dall'art. 121 per il passaggio alla terza fase. Quest'ultima, difatti, si caratterizza per richiedere una duplice pronuncia della medesima istituzione — il Consiglio — seppure in due composizioni diverse (una volta dei ministri finanziari, un'altra dei Capi di Stato e di Governo, ai quali ultimi è riservata la decisione finale). La giustificazione della scelta può risiedere nell'intenzione di affidare al Consiglio Eco/Fin un giudizio a metà strada tra quello tecnico (della Commissione e dell'IME) e quello squisitamente politico (rimesso al Consiglio nella composizione dei Capi di Stato e di Governo). Stante la formale unicità dell'istituzione Consiglio, a prescindere dalla sua composizione, è stata peraltro rilevata l'anomalia di una raccomandazione del Consiglio a sé medesimo (cfr. C. CURTI GIALDINO, *Trattato CEE e Trattato di Maastricht sull'Unione europea*, Roma, 1995, par. 180; in generale, sul ruolo di ciascun organo all'interno della procedura disciplinata dall'art. 121, sia consentito, ancora una volta, il rinvio a R. BASSO, *op. cit.*, p. 74 ss.). Diversamente, ai fini dell'abrogazione delle deroghe la decisione viene rimessa al Consiglio Eco/Fin, mentre il Consiglio nella composizione dei Capi di Stato e di Governo tiene solo un dibattito preventivo. Il significato di questa « degradazione » va probabilmente ricercato nella volontà di caratterizzare differentemente il giudizio, continuando a connotarlo politicamente ma, allo stesso tempo, collocandolo in una prospettiva prevalentemente orientata verso gli aspetti economico-finanziari. Se ne potrebbe inferire che, avviata la terza fase dell'unione economica e monetaria e creata un'area monetaria comune (sebbene incompleta), si siano ritenuti afffievoliti i motivi che indussero ad affidare quel momento fondamentale del cammino di integrazione al Consiglio nella sua composizione più alta e rappresentativa. Del resto, un giudizio che, pur restando politico, si sofferma sugli aspetti economici e finanziari

— un obbligo di porre in essere le azioni necessarie al fine di creare le condizioni per l'ammissione nell'area monetaria comune. *Expressis verbis* ciò non è detto da nessuna disposizione del TCE; tuttavia, lo si ricava da una serie di norme, le quali, se fosse diversamente, si giustificherebbero a fatica. Viene innanzitutto in evidenza, a tal riguardo, il richiamo che l'art. 122, par. 2, nel disciplinare le modalità per abrogare la deroga, fa all'art. 121, par. 1. A mente di quest'ultimo, la Commissione e l'Istituto monetario europeo (ora la Banca centrale europea), dando inizio alla procedura di valutazione della convergenza, riferiscono al Consiglio sui progressi compiuti dagli Stati membri nell'adempimento dei loro *obblighi* relativi alla realizzazione dell'unione economica e monetaria. Questa disposizione rivela l'esistenza di doveri inerenti all'avvio dell'unione monetaria ovvero, in combinato disposto con l'art. 122, all'accesso successivo nell'area monetaria comune. Va poi considerato che l'art. 122, par. 3, nell'escludere gli Stati membri con deroga dall'applicazione di talune disposizioni sull'unione economica e monetaria, non annovera nell'esonero l'obbligo di evitare disavanzi pubblici eccessivi (art. 104, par. 1) né quello sull'adattamento delle legislazioni nazionali in vista dell'introduzione della moneta unica, previsto dall'art. 109. Soprattutto il secondo dei due obblighi — quello della convergenza legale — non si giustificherebbe al di fuori di un complessivo dovere di adeguamento finalizzato all'adozione dell'euro.

Esiste dunque un dovere degli Stati membri con deroga ad impegnarsi per agevolare il passaggio della competenza monetaria dal livello nazionale a quello comunitario. Ciò dovrà avvenire alle condizioni stabilite dal Trattato (ad esempio la convergenza economica e legale) e secondo il ritmo che esso prevede. Detto

---

dà maggiori garanzie: agli Stati senza deroga circa una rigorosa valutazione della convergenza, che è funzionale rispetto al mantenimento della stabilità nell'area dell'euro, e agli Stati con deroga di un'applicazione della disciplina sul loro accesso non alterata da considerazioni di natura non economica. La scelta si lascia comprendere anche alla luce della considerazione che la complessità di un giudizio sulla convergenza di tante economie verso valori compatibili è sicuramente superiore a quella connessa alla valutazione della convergenza di una singola economia verso i fondamentali dell'area monetaria comune. Resta comunque il fatto che la decisione del Consiglio Eco/Fin viene preceduta da un dibattito del Consiglio nella composizione dei Capi di Stato e di Governo, del quale non si potrà non tenere conto e che, alla fine, influirà non poco sulla determinazione finale.

ritmo ammette l'accesso ritardato di quegli Stati membri che non soddisfano tutte le condizioni richieste e non impone un termine ultimo entro il quale esso debba aver luogo; non esonera invece gli Stati membri con deroga dall'impegnarsi per conseguire un fine — la piena realizzazione dell'unione economica e monetaria — che essi stessi hanno condiviso con la firma del Trattato sull'Unione europea. In altre parole, la procedura prevista dall'art. 122, par. 2, per l'accesso ritardato degli Stati membri con deroga omette di fissare un termine ultimo non già perché intende lasciare a quei Paesi la determinazione del momento in cui realizzare le condizioni di convergenza ed entrare a far parte dell'area monetaria comune, bensì col fine esclusivo di accordare a ciascuno Stato membro il tempo necessario, a seconda della situazione di partenza, per conseguire le condizioni di accesso (20).

Come si è già detto, il Regno Unito e la Danimarca si sono entrambi avvalsi della facoltà di *opting out* riconosciuta da due appositi protocolli. Il loro *status* di non partecipazione alla terza fase dell'unione economica e monetaria è pertanto attualmente retto dai detti protocolli, i quali, essendo stati originati da motivazioni differenti, non prevedono regimi giuridici identici.

Il Protocollo sulla Danimarca, innanzitutto, è stato introdotto « tenendo conto che la Costituzione danese prevede disposizioni che possono implicare il ricorso al *referendum* in Danimarca preliminarmente alla partecipazione danese alla terza fase dell'Unione economica e monetaria » (così il preambolo). L'inserimento di una facoltà di *opting out* non è stato suggerito da un pregiudiziale sfavore verso l'adozione della moneta unica, bensì da meccanismi costituzionali interni che avrebbero potuto esigere un *referendum* prima del passaggio alla terza fase. Solo il

(20) Cfr., in tal senso, D. CURTIN, *op. cit.*, p. 52. Anche nella normativa di attuazione relativa all'unione economica e monetaria sembrerebbe potersi cogliere una conferma dell'impostazione esposta nel testo; il regolamento n. 1466/97 (adottato, come si è visto, nell'ambito del Patto di stabilità e crescita) prevede infatti che gli Stati membri non partecipanti presentino annualmente *programmi di convergenza* e il nono considerando della motivazione precisa che gli Stati membri non partecipanti « dovranno perseguire politiche volte a raggiungere un alto grado di convergenza sostenibile », che è proprio il punto su cui è incardinata la parte economica del giudizio sull'ammissione all'area monetaria comune (cfr. l'art. 121, par. 1).

fallimento del primo (e diverso) *referendum*, volto ad autorizzare la ratifica del TUE da parte della Danimarca, ha indotto all'esercizio anticipato della facoltà di *opting out*, trasformando una cautela procedurale in un sostanziale disimpegno. Pertanto, sebbene successivamente questa posizione della Danimarca non abbia comportato l'apposizione di riserve in sede di deposito dello strumento di ratifica, è quantomeno dubbio che l'obiettivo della partecipazione alla moneta unica si possa attualmente considerare pienamente condiviso da quel Paese. Nelle intenzioni originarie, la Danimarca si sarebbe dovuta avvalere della facoltà di *opting out* — ove gli esiti referendari lo avessero reso necessario — prima dell'avvio della terza fase, ma dopo la ratifica del Trattato di Maastricht; quel programma è stato invece sovvertito, quantomeno nella sostanza, dal momento che il disimpegno della Danimarca è stato formalizzato ancor prima della ratifica (anche se con effetto a partire dall'entrata in vigore del Trattato medesimo) (21).

In virtù della natura eventuale della finalità per cui era stato concepito, il Protocollo non si preoccupa di conferire alla Danimarca uno *status* diverso da quello degli Stati membri con deroga, i quali, come si è visto, sono assoggettati ad una serie di previsioni che si giustificano in virtù dell'obbligo di approdare alla moneta unica. Così, le si applicano sia il divieto di disavanzi pubblici eccessivi (art. 104, par. 1) sia l'obbligo di realizzare la

(21) La Danimarca, in particolare, ha esercitato la propria facoltà di *opting out* attraverso una singolare procedura, che precedette temporalmente l'entrata in vigore del TUE e che comprese, per quello che qui interessa, una dichiarazione unilaterale della Danimarca resa ai Capi di Stato e di Governo riuniti in sede di Consiglio europeo, i quali a loro volta, con altra decisione, ne hanno preso atto (con effetto a partire dall'entrata in vigore del TUE). Diversamente, ove l'efficacia della decisione fosse stata immediata, si sarebbe alterato l'ordine previsto dal Trattato di Maastricht, secondo il quale la notifica danese doveva seguire la ratifica e non precederla. Tale complessa procedura si era resa necessaria per ragioni politiche, connesse con il fallimento del primo *referendum* tenutosi in quel Paese per la ratifica del Trattato di Maastricht e con la necessità, in vista di un secondo *referendum*, di rendere ferma agli occhi dell'opinione pubblica danese l'intenzione del governo di non partecipare alla terza fase dell'unione economica e monetaria. Sul punto e, più in generale, sulla procedura seguita e sulla sua conformità al Protocollo, cfr. D. HOWARTH, *The Compromise on Denmark and the Treaty on European Union: a Legal and Political Analysis*, in *C.M.L. Rev.*, 1994, p. 765 e ivi alle pp. 770 ss.

convergenza legale (art. 109), ivi incluso quello di garantire l'indipendenza della banca centrale (22).

Diversamente, il Protocollo sul Regno Unito è stato messo a punto per tenere conto della pregiudiziale contrarietà di quel paese ad adottare la moneta unica, come è possibile argomentare dal preambolo, laddove è dato leggere che « il Regno Unito non deve essere obbligato né deve impegnarsi a passare alla terza fase dell'Unione economica e monetaria senza che il suo Governo e il suo Parlamento abbiano preso una decisione autonoma in questo senso... ». Ne consegue che lo *status* del Regno Unito definito nel Protocollo si differenzia da quello di uno Stato membro con deroga: ad esempio, non gli si applicano né il divieto di disavanzi pubblici eccessivi previsto dall'art. 104, par. 1, né gli obblighi connessi con la convergenza legale, tra i quali, *in primis*, quello di accordare piena indipendenza alla banca centrale (cfr. il punto n. 5 del Protocollo).

Mentre dunque la posizione della Danimarca è alquanto ibrida — da un lato assimilabile a quella di uno Stato membro con deroga, dall'altro connotata dall'esonero dall'obbligo di passare alla terza fase dell'unione economica e monetaria — quella del Regno Unito si caratterizza per una più marcata estraneità rispetto alla terza fase.

La diversa modulazione delle posizioni degli Stati membri nei confronti dell'unione economica e monetaria si riflette anche sulle modalità di funzionamento del Consiglio. Il par. 5 dell'art. 122 prevede che i diritti di voto degli Stati membri con deroga siano sospesi per le decisioni del Consiglio previste da una serie di articoli del Trattato dei quali il precedente par. 3 esclude l'applicazione a quegli Stati. Vi rientrano, ad esempio, le decisioni di rigore adottate nell'ambito della procedura sui disavanzi pubbli-

---

(22) Si può tuttavia ritenere, senza forzare eccessivamente la lettera del Trattato, che la Danimarca, in ragione del proprio *status* del tutto particolare, sia esentata dagli obblighi di convergenza legale, quantomeno da quelli che sono direttamente connessi con l'introduzione dell'euro. Cfr. a tal riguardo quanto è stato scritto, relativamente alla Danimarca, nel rapporto presentato dall'Istituto monetario europeo (IME) ai sensi dell'art. 121 TCE (p. 315): « Lo statuto della Danmarks Nationalbank non presenta incompatibilità nell'area dell'indipendenza della banca centrale. Finché la Danimarca non adotterà la moneta unica non sarà necessario provvedere all'integrazione legale della Banca nel SEBC né all'adeguamento della legislazione nazionale ».

ci eccessivi, l'armonizzazione delle caratteristiche delle monete metalliche (art. 106), le determinazioni del Consiglio in materia di politica del cambio (art. 111). I Protocolli relativi al Regno Unito e alla Danimarca prevedono per questi due Stati membri un trattamento analogo a quello degli Stati con deroga, qualora si siano avvalsi della facoltà di *opting out* (23).

Altre delibere vengono invece assunte nell'ambito dell'unione economica e monetaria con il concorso di tutti i membri del Consiglio: si tratta di atti che o riguardano tutti gli Stati (cfr. ad esempio l'art. 105, par. 6, relativo all'attribuzione alla BCE di compiti in materia di vigilanza prudenziale su banche e istituti finanziari) (24) o comportano una sostituzione di norme di rango primario (come nel caso dell'art. 104, par. 14, comma 2, per il quale « il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e della BCE, adotta le opportune disposizioni che sostituiscono detto protocollo », ossia il Protocollo sulla procedura per i disavanzi eccessivi).

Nei casi in cui per la votazione sia prevista la partecipazione dei soli Stati membri senza deroga e in cui la delibera non debba avvenire all'unanimità, la maggioranza viene conseguita, in forza di quanto disposto dall'art. 122, par. 5, con un numero di voti pari a 2/3 del totale, secondo la normale ponderazione prevista dall'art. 205, par. 2 (siamo dunque in presenza di una maggioranza inferiore a quella ordinaria che è di 62/87, pari a circa il 71 per cento).

Le disposizioni adottate dal Consiglio in virtù di norme del Trattato delle quali è espressamente esclusa l'applicabilità agli Stati membri che non adottano l'euro sono evidentemente anch'esse inapplicabili in quei Paesi.

3. Il Trattato di Amsterdam ha introdotto, per il primo e il terzo pilastro, la possibilità che alcuni Stati membri intrapren-

---

(23) Cfr. il punto 7 del Protocollo sul Regno Unito e il punto 2 del Protocollo sulla Danimarca.

(24) Vi è poi il caso della decisione con la quale si individuano i casi in cui la Banca centrale europea ha competenze consultive su progetti di legge nazionali, da adottarsi in base all'art. 105, par. 4, 2° trattino, con il concorso di tutti gli Stati membri con esclusione del solo Regno Unito (ai sensi degli artt. 5 e 7 del Protocollo).

dano cooperazioni rafforzate nell'ambito del quadro istituzionale dell'Unione. Le ragioni per le quali si è giunti ad inserire nei trattati una normativa generale di questo tipo sono molteplici. Innanzitutto, l'esperienza del Trattato di Maastricht ha insegnato come una certa flessibilità dell'ordinamento comunitario sia necessaria per impedire che un'esigua minoranza di Stati membri (o un unico Stato membro) ostacoli l'estensione dell'integrazione ad importanti settori socio-economici. La lezione del Trattato di Maastricht ha altresì mostrato che la mancanza di una normativa generale sulle cooperazioni rafforzate può condurre a schemi di differenziazione ispirati a principi tra loro assolutamente diversi, come risulta, ad esempio, dal diverso approccio adottato per il caso dell'unione economica e monetaria e per quello della politica sociale (25). Le competenze della Comunità sono poi talmente estese e tra loro collegate, che si è fatto particolarmente evidente il freno al loro esercizio che può derivare dalle residue previsioni dell'unanimità ovvero dalla complessità dei meccanismi decisionali, anche quando il Consiglio deliberi a maggioranza qualificata (26).

Sempre nel senso dell'esigenza di dettare una disciplina generale delle cooperazioni rafforzate all'interno dei trattati depo-

---

(25) Sull'articolazione delle disposizioni istituzionali in materia di politica sociale alla luce del Trattato di Maastricht cfr. D. CURTIN, *op. cit.*, p. 51 ss.; P. WATSON, *Social Policy after Maastricht*, in *C.M.L. Rev.*, 1993, p. 481 e ivi alle pp. 491 ss.

(26) Lo stesso conseguimento della maggioranza è stato del resto reso più difficile di quanto non discenda dal Trattato dalla decisione del Consiglio del 29 marzo 1994, relativa all'adozione da parte del Consiglio medesimo di decisioni a maggioranza qualificata (in *GUCE*, 1994, C 105/1), come modificata dalla decisione dell'1 gennaio 1995 (in *GUCE*, 1995, C 1/1). Si tratta del c.d. *compromesso di Ioannina*, successivamente ribadito in una dichiarazione allegata al Trattato di Amsterdam su istanza della Spagna, a mente del quale « se membri del Consiglio rappresentanti un totale da 23 a 25 voti indicano l'intenzione di opporsi all'adozione da parte del Consiglio di una decisione a maggioranza qualificata, il Consiglio farà tutto il possibile per raggiungere, entro un tempo ragionevole e senza pregiudicare i limiti di tempo obbligatori stabiliti dai trattati e dal diritto derivato, ...una soluzione soddisfacente che possa essere adottata con almeno 65 voti... ». Obiettivo del compromesso è evidentemente quello di creare sulle delibere a maggioranza qualificata un consenso più ampio di quello richiesto dall'art. 205, che richiede un numero di voti ponderati pari a 62. Sul *compromesso di Ioannina*, cfr. P. PONZANO, *La prassi del processo decisionale nella Comunità europea: il ruolo della Commissione*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1996, p. 1029 e ivi alle pp. 1044 ss.

nevano alcune esperienze maturate al di fuori della Comunità e che interessavano solo alcuni degli Stati membri (si pensi a tal riguardo allo SME e agli accordi di Schengen) (27) (28). Il timore che casi del genere si potessero moltiplicare, così sottraendo al « metodo comunitario » numerose e rilevanti iniziative, ha sicuramente contribuito a far accettare l'inclusione della disciplina sulle cooperazioni rafforzate all'interno del quadro istituzionale dell'Unione.

Altro elemento che ha spinto per la regolamentazione delle cooperazioni rafforzate è stata la prospettiva dell'allargamento

---

(27) Lo SME traeva origine da una risoluzione del Consiglio europeo di Bruxelles del dicembre 1978 e da un accordo tra le banche centrali degli Stati membri. La partecipazione al Sistema e quella al meccanismo dei tassi di cambio istituito nell'ambito del medesimo era su base volontaria (il Regno Unito, ad esempio, aderì dapprima al Sistema e solo nel 1991 al meccanismo dei tassi di cambio, per poi uscire da quest'ultimo, insieme all'Italia, nel 1992), per cui essi funzionavano anche nel caso in cui non ne facessero parte tutti gli Stati membri (sul punto cfr. G.L. TOSATO, *Il Sistema monetario europeo nella prospettiva dell'unione monetaria*, in *La Comunità Internazionale*, 1995, p. 39 e ivi alle pp. 50 ss.). È peraltro discusso, in dottrina, se l'esperienza dello SME possa considerarsi completamente estranea all'ordinamento comunitario ovvero se la citata risoluzione istitutiva abbia per quest'ultimo un qualche rilievo, quanto meno alla stregua del generale obbligo di leale cooperazione previsto dall'art. 5 (ora 10) TCE. Cfr., anche per una rassegna delle diverse posizioni, G.L. TOSATO, *Il Sistema monetario europeo*, in (a cura di) A. GIARDINA-G.L. TOSATO, *Diritto del commercio internazionale*, Milano 1996, p. 375 e ivi a p. 377 e, del medesimo autore, *Il Sistema monetario europeo nella prospettiva dell'unione monetaria*, cit., p. 42; ritiene che lo SME non possa essere considerato un'esperienza collocata al di fuori del sistema dei trattati, essendo esso integrato, per numerosi aspetti, nella Comunità, P. MANIN, in *Le problème de la « géométrie variable »*, in (a cura di) P. MANIN, *La révision du Traité sur l'Union Européenne - Perspectives et réalités*, Parigi 1996, p. 27 e ivi a p. 32, nota n. 13.

(28) Gli accordi di Schengen — conclusi a partire dal 1985 tra gli attuali Stati membri (con esclusione del Regno Unito e dell'Irlanda), la Norvegia e l'Islanda — hanno istituito un insieme di regole e procedure volte ad agevolare la libera circolazione delle persone attraverso l'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere. Il Trattato di Amsterdam, come è noto, ha disposto l'incorporazione nel sistema dell'Unione del c.d. *acquis* di Schengen, attraverso appositi protocolli allegati ai Trattati UE e CE. Sul punto cfr. H. LASAYLE, *Un espace de liberté, de sécurité et de justice*, in *RTD eur.*, 1997, p. 105 e ivi alle pp. 124 ss.; B. NASCIMBENE, *L'incorporazione degli accordi di Schengen nel quadro dell'Unione europea e il futuro ruolo del Comitato parlamentare di controllo*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 1999, p. 732; A. TIZZANO, *A proposito dell'inserzione dell'*acquis *di Schengen nei Trattati comunitari: l'accordo « del Consiglio » con Islanda e Norvegia*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1999, p. 521.

dell'Unione ai paesi dell'Europa centro-orientale, che richiederà meccanismi in grado di tenere conto del divario socio-economico tra gli attuali e i futuri Stati membri nonché della possibilità che i primi, forti di una consolidata esperienza, desiderino portare l'integrazione su terreni nei quali i secondi non se la sentiranno o non saranno in grado di spingersi.

A queste buone ragioni nel corso dei lavori della Conferenza intergovernativa si affiancarono tuttavia una serie di scetticismi. In particolare, fu espresso il timore che delle cooperazioni rafforzate si sarebbero serviti i paesi economicamente più forti per escludere quelli più deboli da talune iniziative (29) (su questo punto il dibattito fu peraltro influenzato dalle discussioni, che si svolsero in parallelo alla Conferenza intergovernativa, circa l'approdo alla moneta unica degli Stati membri che versavano in condizioni economiche meno stabili); fu evidenziato il pericolo di violare i principi di uniformità del diritto comunitario e di parità di trattamento in ambiti, quali il mercato interno, che per natura richiedono regole uguali per tutti (30); si paventò, infine, che l'istituto della cooperazione rafforzata avrebbe potuto prestare ad alcuni Stati membri il destro per decidere determinati sviluppi in un cerchio più ristretto, nel quale avrebbero avuto un peso maggiore (31).

Onde fugare quei timori, la disciplina sulle cooperazioni rafforzate prevede tutta una serie di cautele — sostanziali e procedurali — che dovrebbero scongiurare forme di abuso. Al pari della restante disciplina sulla materia esse sono contenute nel Ti-

---

(29) Cfr. ad esempio le considerazioni svolte nella proposta del Governo italiano sulla flessibilità, pubblicata in *Riv. dir. europeo*, 1997, p. 189 e la Risoluzione del Parlamento europeo sulla Conferenza intergovernativa del 13 marzo 1997 (in *GUCE*, 1997, C 115/165).

(30) Cfr. sempre la proposta del Governo italiano menzionata alla nota precedente.

(31) Sostiene questa posizione, anche dopo la firma del Trattato di Amsterdam, J.M. De Areilza, *Enhanced Cooperations in the Treaty of Amsterdam: Some Critical Remarks*, in *Jean Monnet Working Paper*, no. 13/98, *http:/www.law.harvard.edu/Programs/JeanMonnet/papers/99/991301*: « *... enhanced cooperations reconstitute to a certain extent states as monolithic actors. The forefront of European integration will be formed by a group of member states willing and able to develop closer cooperation among themselves. Member states gain the power to initiate "enhanced cooperations legislation" and to control its adoption in this inner circle more tightly than in normal Community situations* » (p. 5).

tolo VII, TUE (parte generale) nonché negli artt. 11 TCE e 40 TUE (parti speciali). Di seguito si fornirà una succinta descrizione di dette condizioni, con riferimento al primo pilastro (32), evidenziando alcuni problemi interpretativi, per la cui soluzione potrebbero essere tratti argomenti dalla disciplina sull'unione economica e monetaria. Verranno altresì indicati ulteriori aspetti che risulteranno utili allorché si tratterà dei rapporti tra unione economica e monetaria e cooperazioni rafforzate.

Ai sensi dell'art. 43, par. 1, TUE le cooperazioni rafforzate: devono essere dirette a promuovere gli obiettivi dell'Unione nonché a proteggere e servire i suoi interessi (lett. *a*); devono rispettare i principi dei trattati e il quadro istituzionale unico dell'Unione (lett. *b*); non devono pregiudicare né l'*acquis* comunitario né le misure adottate a norma delle disposizioni dei trattati (lett. *e*); non devono pregiudicare le competenze, i diritti, gli obblighi e gli interessi degli Stati membri che non vi partecipano (lett. *f*). Inoltre, l'art. 11, par. 1, TCE richiede che esse: non riguardino settori che rientrano nelle competenze esclusive della Comunità (lett. *a*); non incidano sulle politiche, sulle azioni, sui programmi comunitari (lett. *b*); non riguardino la cittadinanza dell'Unione, né creino discriminazioni tra cittadini degli Stati membri (lett. *c*); rimangano entro i limiti delle competenze conferite alla Comunità dal Trattato (lett. *d*); non costituiscano una discriminazione né una restrizione negli scambi tra Stati membri e non producano una distorsione delle condizioni di concorrenza tra questi ultimi (lett. *e*).

Se ne ricava che le azioni intraprese attraverso una cooperazione rafforzata debbono essere contenute nei limiti delle com-

---

(32) Si ometterà di illustrare i requisiti specifici relativi al terzo pilastro, perché non inerenti all'oggetto di questo approfondimento. In generale, sulle cooperazioni rafforzate, cfr., tra gli altri, H. BRIBOSIA, *, De la subsidiarité à la coopération renforcée*, in (a cura di) Y. LEJEUNE, *Le Traité d'Amsterdam - Espoirs et déceptions*, Bruxelles, 1999, p. 23; V. COSTANTINESCO, *Les clauses de « coopération renforcée », le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité*, in *RTD eur.*, 1997, p. 751; C.D. EHLERMANN, *op. cit.*; G. GAJA, *La cooperazione rafforzata*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1998, p. 315; H. KORTENBERG, *Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam*, in *C.M.L. Rev.*, 1998, p. 833; E. PHILIPPART-G. EDWARDS, *The Provisions on Closer Co-operation in the Treaty of Amsterdam: The Politics of Flexibility in the European Union*, in *J.C.M.S.*, 1999, p. 87; J. MARTÍN-P. DE NANCLARES, *op. cit*.

petenze (non esclusive) della Comunità, debbono far progredire il processo di integrazione senza creare discriminazioni o distorsioni concorrenziali; debbono attenersi ai canoni dell'ordinamento comunitario (quadro istituzionale, *acquis*, ecc.); debbono, infine, rispettare quanto intrapreso dalla Comunità nel suo complesso. Le cooperazioni rafforzate non si collocano al di fuori (o a fianco) della Comunità; piuttosto esse costituiscono un « modo comunitario » di esercitare talune competenze attribuite alla Comunità medesima, all'interno ed in conformità del quadro istituzionale ad essa proprio. Eventuali abusi dovrebbero essere arginati dalle clausole che vietano discriminazioni, distorsioni concorrenziali, lesioni di posizioni soggettive di altri Stati membri.

Vi sono poi norme che disciplinano in maniera dettagliata un complesso *iter* decisionale volto ad autorizzare l'instaurazione di una cooperazione rafforzata ovvero a regolamentare l'accesso ritardato degli Stati membri inizialmente non aderenti.

Il primo dei requisiti procedurali a venire in rilievo è quello dell'ultima istanza, stando al quale si deve ricorrere ad una cooperazione rafforzata solo allorché gli obiettivi del Trattato non possano essere realizzati applicando le disposizioni pertinenti (art. 43, par. 1, lett. *c*), TUE). È poi necessario che prenda parte all'iniziativa almeno la maggioranza degli Stati membri (art. 43, par. 1, lett. *d*), TUE) e che la cooperazione rafforzata venga autorizzata dal Consiglio con decisione assunta a maggioranza qualificata su proposta della Commissione e consultato il Parlamento europeo (art. 11, par. 2, comma 1, TCE). La previsione della maggioranza qualificata è accompagnata dal riconoscimento a ciascun membro del Consiglio del diritto di opporsi alla concessione dell'autorizzazione per importanti e specificati motivi di politica interna. In tal caso non si procede alla votazione ma il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata, può chiedere che la questione venga sottoposta al Consiglio riunito nella composizione dei Capi di Stato e di Governo, per una decisione all'unanimità. Si tratta, come è stato anche criticamente rilevato (33), di una riedizione, questa volta all'interno del Trattato, del compromesso del Lussemburgo. A fronte della concessione ad ogni Stato membro di un diritto di opposizione, tuttavia, si

(33) Cfr., ad esempio, H. BRIBOSIA, *op. cit.*, pp. 58-59; E. PHILIPPART-G. EDWARDS, *op. cit.*, pp. 97-98.

proceduralizza e si condiziona l'apposizione del veto, richiedendo che esso venga motivato con ragioni *importanti* di politica interna; prevedendo la possibilità che la questione venga portata all'attenzione del Consiglio nella sua massima espressione; di fatto, assoggettando in qualche modo il rispetto di queste cautele al controllo della Corte di giustizia (34). Mentre dunque sono irrilevanti le ragioni per cui uno Stato membro decide di non partecipare ad una cooperazione rafforzata (non condivisione dell'azione, mancanza di requisiti economici, ecc.), acquistano rilievo i motivi che giustificano l'opposizione a che l'iniziativa sia assunta e portata avanti da altri Stati membri.

Sempre con riguardo all'autorizzazione, essa viene deliberata dal Consiglio esclusivamente su proposta della Commissione. Una volta ricevuta la richiesta da parte degli Stati membri interessati, la Commissione non è tenuta a formulare una proposta al Consiglio, potendo anche, esponendone le ragioni, ritenere di non presentarla.

Quanto all'adesione successiva da parte di paesi che in un primo momento non hanno ritenuto di partecipare ad una cooperazione rafforzata, vale il principio c.d. della « porta aperta », in base al quale è sempre possibile l'accesso ritardato, fatto salvo il rispetto della decisione di base e delle decisioni adottate nell'ambito dell'iniziativa (art. 43, par. 1, lett. *g*), TUE). Ai sensi dell'art. 11, par. 3, TCE sarà a questo fine necessario che lo Stato membro interessato notifichi la propria intenzione di aderire alla Commissione e al Consiglio. Entro tre mesi dalla notifica la Commissione dà un parere al Consiglio ed entro quattro mesi essa stessa prende una decisione sul merito.

Non risulta ben chiaro dal tenore letterale dell'art. 11 quale sia il ruolo del Consiglio nella procedura di ammissione degli Stati membri ad una cooperazione rafforzata già avviata. Il par. 3 prevede infatti che il Consiglio sia destinatario della notifica

(34) Cfr. G. GAJA, *op. cit.*, p. 326, il quale propende per la configurabilità di un procedimento di infrazione a carico dello Stato membro; H. BRIBOSIA, *op. cit.*, pp. 70-71, che, pur ammettendo astrattamente l'impugnazione della decisione negativa del Consiglio nella composizione dei Capi di Stato e di Governo, la ritiene tecnicamente di difficile attuazione. È parimenti da ritenere, secondo le regole generali, che sia censurabile in sede giurisdizionale la decisione con la quale il Consiglio autorizza una cooperazione rafforzata.

da parte dello Stato membro interessato del proprio intendimento di aderire nonché di un parere della Commissione; a fronte di ciò non si prevede tuttavia nessuna attività né di carattere deliberativo né di carattere consultivo. Si registrano così le tesi sia di chi ritiene implicita una presa di posizione del Consiglio sul parere espresso dalla Commissione (35), sia di chi nega una simile necessità (36). Tema connesso alla non chiara funzione del Consiglio è quello del ruolo Commissione. Il TCE stabilisce invero che quest'ultima « decide sulla richiesta e sulle eventuali misure specifiche che può ritenere necessarie »: il giudizio dovrà in particolare tenere conto di quanto richiesto dall'art. 43 TUE, a mente del quale lo Stato membro che intende aderire deve rispettare la decisione di base e le decisioni già adottate nell'ambito della cooperazione rafforzata. Non vi è dubbio che sia la Commissione a « tenere in mano le chiavi della decisione » (37) e che la competenza in questione le sia stata affidata per meglio garantire, attraverso il coinvolgimento di un'istituzione terza e meno « politica » del Consiglio, l'effettività del principio della porta aperta (38). Non si può tuttavia non rilevare l'asimmetria (secondo taluni la contraddizione) (39) tra l'affidamento al Consiglio del potere di varare la cooperazione rafforzata e alla Commissione del potere di decidere sull'ammissione di nuovi Stati membri. È significativo a tal proposito il parallelo con la procedura, analoga ma non identica, che regola l'accesso ritardato all'area monetaria comune: anche in quella sede, infatti, il centro decisionale (non più il Consiglio nella composizione dei Capi di Stato e di Governo ma il Consiglio Eco/Fin) risulta meno politico è più tecnico rispetto a quello che ha avviato l'adozione della moneta unica, il quale ultimo si limita a tenere una discussione sull'argomento (40).

La disciplina generale sulle cooperazioni rafforzate non si limita a stabilire condizioni sostanziali e procedurali, ma com-

---

(35) C.D. EHLERMANN, *op. cit.*, p. 378.

(36) G. GAJA, *op. cit.*, p. 320 alla nota n. 12.

(37) H. KORTEMBERG, *op. cit.*, p. 850; *T.d.A.*

(38) Sono concordi sul punto H. BRIBOSIA, *op. cit.*, p. 66; V. COSTANTINESCO, *op. cit.*, p. 763; C.D. EHLERMANN, *op. cit.*, pp. 378-379; G. GAJA, *op. cit.*, p. 318.

(39) V. COSTANTINESCO, *op. cit.*, p. 763.

(40) Cfr. le considerazioni svolte sul punto alla nota n. 19.

prende anche norme sul funzionamento dei meccanismi istituzionali. Tali norme sono rese necessarie dalla circostanza che i meccanismi ordinari del diritto comunitario sono pensati in funzione di azioni che siano espressione della Comunità nel suo complesso e non solo dell'iniziativa di alcuni Stati membri. Il legislatore del Trattato di Amsterdam ha ritenuto invero opportuno introdurre disposizioni di adattamento per temi specifici, lasciando all'interprete il compito di raccordare nei restanti ambiti l'impostazione generale dell'ordinamento con le esigenze particolari delle cooperazioni rafforzate. Le previsioni specifiche che vengono in rilievo sono essenzialmente tre, riguardanti le procedure decisionali, il funzionamento del Consiglio e il finanziamento.

L'art. 44, par. 1, TUE stabilisce che le procedure da seguire per l'adozione di *atti e decisioni* (41) sono quelle previste dalle « pertinenti disposizioni istituzionali » dei trattati: nell'ambito di queste procedure tutti i membri del Consiglio possono *partecipare alle deliberazioni*; tuttavia, prendono parte all'adozione di *decisioni* esclusivamente i membri che rappresentano i paesi partecipanti alla cooperazione rafforzata. La disposizione in parola non è per la verità molto precisa: la partecipazione al voto in sede di Consiglio viene infatti limitata agli Stati membri partecipanti per i casi di adozione di *decisioni* e, allo stesso tempo, si stabilisce che tutti i membri del Consiglio possano partecipare alle deliberazioni. Si potrebbero così generare due equivoci. Innanzitutto, che vi siano votazioni (di atti diversi da decisioni) per le quali la partecipazione al voto non sia riservata ai soli Stati membri partecipanti; questa ambiguità verrebbe tuttavia superata considerando che il termine « decisione » può essere usato — in senso invero parzialmente difforme rispetto a quanto avviene nel primo periodo del medesimo par. 1 dell'art. 44 TUE — per indicare ogni tipo di delibera assunta dal Consiglio per formalizzare una propria posizione. In secondo luogo, il riferimento alla « partecipazione alle deliberazioni » da parte degli Stati membri non aderenti alla cooperazione rafforzata potrebbe sembrare inconciliabile con la limitazione del diritto di voto ai

(41) La menzione di atti e decisioni non costituisce necessariamente un'endiadi, perché è idonea a ricomprendere sia gli atti definitivi sia le decisioni endoprocedurali.

soli Stati membri aderenti; esso tuttavia deve essere inteso come partecipazione ai lavori preparatori e al dibattito, non già come coinvolgimento nella votazione. Depongono nel senso di quest'ultima lettura altre versioni linguistiche del Trattato: ad esempio, il testo tedesco usa l'espressione *Beratung* (discussione, dibattito) al posto di *deliberazione*, mentre il testo francese impiega il termine *délibération*, che in quella lingua ha mantenuto maggiormente il significato primario di ponderazione, riflessione, discussione, proprio del latino *deliberare* (da *de* e *libra*: ponderare, pesare, riflettere). In conclusione, dunque, mentre tutti gli Stati membri dovrebbero prendere parte alle riunioni del Consiglio (42) (e, c'è da ritenere, degli organismi che le preparano) (43), solo quelli partecipanti alla cooperazione rafforzata avrebbero il diritto di voto.

Le decisioni che il Consiglio deve adottare a maggioranza qualificata sono assunte secondo la proporzione e la ponderazione previste dall'art. 205. L'unanimità è costituita dal voto favorevole di tutti i membri che prendono parte alla votazione.

Per quanto riguarda infine il tema del finanziamento delle iniziative svolte attraverso cooperazioni rafforzate, il par. 2 dell'art. 44 TUE stabilisce che « le spese derivanti dall'attuazione della cooperazione, diverse dalle spese amministrative che devono sostenere le istituzioni, sono a carico degli Stati membri partecipanti, salvo che il Consiglio, deliberando all'unanimità, decida altrimenti ».

L'art. 44 TUE tace su numerose questioni relative all'inserimento delle cooperazioni rafforzate nell'ordinamento comunitario (tra le quali, la posizione del Parlamento europeo, le relazioni internazionali nelle materie interessate dalla cooperazione rafforzata, i rapporti tra Stati membri partecipanti e Stati membri non partecipanti, la concessione di deroghe a Stati membri partecipanti). Di esse ci si occuperà nell'ultima parte di questo scritto.

4. Formalmente non esiste nessun legame tra il corpo normativo sull'unione economica e monetaria e quello sulle coope-

(42) In questo senso C.D. EHLERMANN, *op. cit.*, p. 374; H. KORTENBERG, *op. cit.*, p. 847.

(43) Così H. BRIBOSIA, *op. cit.*, p. 60.

razioni rafforzate. Con ogni probabilità non si è sentita l'esigenza di inserirlo perché le disposizioni sull'unione economica e monetaria sono già molto dettagliate e, soprattutto, perché la Conferenza intergovernativa deliberatamente ha evitato di incidere sulla materia dell'unione economica e monetaria, onde non prolungare eccessivamente i tempi dei lavori, avventurandosi su un terreno così delicato (44).

La relazione tra i due sistemi normativi potrebbe essere comunque impostata secondo gli schemi del rapporto tra legge speciale e legge generale. La specialità dell'unione economica e monetaria consisterebbe, oltre che nell'esistenza di una disciplina *ad hoc*, nel fatto che l'istituzione di un'area monetaria comune e la potenziale articolazione differenziata degli Stati membri discendono direttamente dal Trattato e dai protocolli allegati, i quali realizzano un complesso sistema che prevede tre possibili categorie di Stati membri (Stati membri partecipanti alla terza fase, con e senza deroga, e Stati membri con facoltà di *opting out*). Diversamente, nelle cooperazioni rafforzate le istituzioni vengono autorizzate dal Consiglio a porre in essere iniziative che il Trattato contempla in potenza ma non disciplina in concreto. Quella sulle cooperazioni rafforzate, del resto, è una normativa-quadro, fatta di principi generali, i quali — nonostante l'assenza di formali richiami — devono peraltro venire in rilievo per primi ogni qual volta si tratti di dover integrare la pur sempre incompleta regolamentazione dell'unione economica e monetaria.

Il rapporto di specialità si potrebbe invero porre in due prospettive, potendosi ritenere che in senso lato costituiscano *cooperazioni rafforzate* sia la realizzazione della terza fase dell'unione economica e monetaria, alla quale partecipano tutti gli Stati membri (con deroga e senza deroga), ad eccezione di quelli che hanno esercitato la facoltà di *opting out*, sia l'adozione della moneta unica da parte degli Stati membri senza deroga (iniziativa dalla quale rimangono esclusi gli Stati membri che partecipano alla terza fase dell'unione economica e monetaria con deroga nonché gli Stati membri che hanno esercitato la facoltà di *opting out*).

A tal riguardo, va precisato che tecnicamente è qualificabile

---

(44) Sul punto cfr. H. KORTENBERG, *La négociation du Traité. Une vue cavalière*, in *RTD eur.*, 1997, p. 709 e ivi a p. 715.

come cooperazione rafforzata *ante literam* solo la realizzazione della terza fase dell'unione economica e monetaria, dalla quale, come si è visto, rimangono esclusi Regno Unito e Danimarca. È invece probabilmente meno corretto inquadrare secondo la logica delle cooperazioni rafforzate il rapporto tra Stati membri che hanno adottato l'euro (paesi *in*) da una parte e Stati membri che mantengono le valute nazionali (paesi *out*) dall'altra: ciò sia perché questi ultimi non condividono tutti il medesimo *status*, sia perché gli Stati membri con deroga, avendo sottoscritto l'obiettivo della moneta unica ed essendosi impegnati a conseguirlo, non sono ad esso estranei come avviene per i paesi non partecipanti alle cooperazioni rafforzate disciplinate con il Trattato di Amsterdam. Tuttavia, se il trattamento degli Stati membri che hanno esercitato la facoltà di *opting out* rispetto alla terza fase dell'unione economica e monetaria è diverso da quello riservato agli Stati membri che a quella partecipano con deroga sotto il profilo degli obblighi relativi alla convergenza e al passaggio alla terza fase, sul piano del funzionamento dell'unione economica e monetaria (procedure decisionali, relazioni esterne, ecc.) la posizione del Regno Unito e della Danimarca è, come si è visto, in gran parte ricalvata su quella degli Stati membri con deroga (anzi, nel caso della Danimarca, è applicabile la medesima disciplina, stante il richiamo operato dal Protocollo). Inoltre, pur partecipando alla terza fase dell'unione economica e monetaria, gli Stati membri con deroga sono esclusi dai momenti salienti di quella, in maniera simile ai Paesi che hanno esercitato la facoltà di *opting out*. Alla luce di questa sostanziale identità di regolamentazione e sotto il limitato profilo dei meccanismi istituzionali e degli effetti degli atti, è dunque possibile affiancare gli Stati membri con deroga a Regno Unito e Danimarca in un'unica categoria di paesi *out*, la cui posizione nei confronti dei paesi *in* può essere assimilata a quella che si avrebbe in una cooperazione rafforzata tecnicamente intesa.

Un approccio in termini di rapporto di specialità, ai fini dell'approfondimento delle interazioni tra i due corpi normativi, potrebbe peraltro non condurre molto lontano, considerato che, contrariamente a quanto di solito accade, la disciplina generale è molto più scarna di quella speciale e il più delle volte non è in grado di supplire alle carenze di quella; esso appare tuttavia legittimo e, come si vedrà, non manca di contribuire alla soluzione

di taluni problemi. In una prospettiva di approfondimento delle possibili interazioni tra le due discipline possono comunque essere considerati, almeno altrettanto proficuamente, altri profili.

Si potrebbe in primo luogo tentare di colmare lacune della disciplina generale (o dirimere dubbi interpretativi ad essa relativi) prendendo spunto dalla disciplina speciale. Non si tratta di compiere un'inversione del normale principio per cui è la *lex generalis* ad integrare la *lex specialis*, ma di individuare tra i precetti dettati per la terza fase dell'unione economica e monetaria quelli che possono costituire l'espressione di principi, che, pur derogando ai principi generali dell'ordinamento comunitario, risultano con esso coerenti in virtù della ristretta partecipazione degli Stati membri e che come tali sono applicabili anche alle cooperazioni rafforzate (45).

Un altro interessante campo di indagine potrebbe consistere nel verificare se l'introduzione di una normativa sulle cooperazioni rafforzate incida in qualche modo sulle iniziative che gli Stati membri che hanno adottato la moneta unica possono intraprendere al di fuori (o ai limiti) del quadro istituzionale comunitario, per gestire situazioni particolari non regolate dal Trattato e strettamente connesse all'adozione della moneta unica. È chiaro infatti che gli Stati membri senza deroga condividono una limitazione alla propria sovranità che altri Stati membri non hanno, con la conseguente esigenza di coordinare la loro azione anche in settori attigui alla politica monetaria, per i quali il Trat-

---

(45) Questo approccio metodologico appare coerente con quanto affermato dalla Corte di giustizia in materia di interpretazione sistematica; cfr., ad esempio, la sentenza del 6 ottobre 1982, *CILFIT c. Ministero della Sanità, c. 283/81*, in *Racc.*, 1982, p. 3415, punto 20: « ... ogni disposizione del diritto comunitario va ricollocata nel proprio contesto e interpretata alla luce dell'insieme delle disposizioni del suddetto diritto, delle sue finalità, nonché del suo stadio di evoluzione al momento in cui va data applicazione alla disposizione di cui trattasi ». Sul tema dell'interpretazione sistematica dei trattati, in conto della natura unitaria dell'ordinamento, cfr. A. Bredimas, *Methods of Interpretation and Community Law*, in *European Studies in Law*, vol. 6, Amsterdam-New York-Oxford, 1978, p. 43 ss.: « *Systematic interpretation is based on the idea that Community rules are strictly attached to one another forming parts of a unified system, that the Treaties have been drafted on the basis of a systematic plan and that reference of one norm to another is not only an absolute interpretative postulate but also a matter of logical necessity* ».

tato non prevede forme di collaborazione riservate ai soli paesi partecipanti (46).

L'esperienza della terza fase dell'unione economica e monetaria, che ha già comportato la soluzione di problemi applicativi in settori in cui il Trattato non prevede alcuna specifica disposizione, inoltre, può in alcuni casi costituire un valido punto di partenza per avviare una omologa riflessione con riguardo alle cooperazioni rafforzate.

Vi sono infine casi in cui la disciplina delle cooperazioni rafforzate conferma un indirizzo già contenuto in quella sull'unione economica e monetaria, così consolidando determinati orientamenti all'interno dell'impianto complessivo del Trattato. Può anzi avvenire che norme dal carattere eccezionale sull'unione economica e monetaria acquistino un rilievo generale grazie alla disciplina sulle cooperazioni rafforzate (47).

Nei limiti suddetti è lecito affermare che siano possibili interazioni tra la disciplina dell'unione economica e monetaria e la disciplina delle cooperazioni rafforzate. Nei prossimi paragrafi si tenterà di approfondire questioni concrete che renderanno più chiaro il senso di queste interazioni. Si tratta, evidentemente, di semplici esemplificazioni che non hanno la pretesa di esaurire il novero delle possibili incidenze dell'un corpo normativo sull'altro.

5. Una questione non definitivamente risolta nell'ambito dell'interpretazione delle disposizioni del Trattato sull'unione economica e monetaria concerne l'efficacia territoriale dei regolamenti adottati dal Consiglio in forza dell'art. 123, par. 4, il quale prevede, tra le altre cose, che il Consiglio, deliberando all'unanimità degli Stati membri senza deroga, adotti le misure necessarie per la rapida introduzione dell'ecu (*rectius* dell'euro) come moneta unica negli Stati membri interessati. Costituisce esempio di atto adottato ai sensi dell'art. 123, par. 4, il regola-

(46) Cfr. G. GAJA, *op. cit.*, p. 319.

(47) Inserisce la disciplina sulle cooperazioni rafforzate nel quadro del processo di progressiva ridefinizione dei principi costituzionali dell'ordinamento comunitario J. SHAW, *op. cit.*, p. 81.

mento n. 974 del 1998 (48), recante disposizioni su aspetti quali la suddivisione dell'euro in sottounità, la conversione del debito pubblico, il principio di neutralità — nel periodo transitorio — tra euro e valute nazionali, qualificate a loro volta come unità divisionali dell'euro, ecc. Si tratta evidentemente di questioni che, almeno direttamente, riguardano solo i paesi che adottano l'euro quale unità monetaria avente corso legale.

Orbene, in relazione ai regolamenti adottati in base all'art. 123, par. 4, si è sostenuto sia che essi non avrebbero efficacia nei paesi non partecipanti, sia, al contrario, che sarebbero applicabili in tutto il territorio dell'Unione. A sostegno della prima tesi si è invocato un principio di ragionevolezza per cui all'esclusione degli Stati membri dalla votazione in sede di Consiglio dovrebbe conseguire l'inapplicabilità in quegli Stati membri dei regolamenti così approvati, tanto più quando si tratta — come nel caso di specie — di atti per i quali il Trattato richiede l'unanimità (49). Altri, non condividendo l'esistenza di un principio generale che legherebbe il novero degli Stati membri ammessi a votare un atto e i suoi effetti territoriali, insistono sull'argomento che l'art. 122, par. 3, non include l'art. 123, par. 4, tra le disposizioni che non si applicano agli Stati membri con deroga (50). Sul punto non sembrano fare chiarezza nemmeno gli atti in concreto adottati in base all'art. 123, par. 4: ad esempio, il regolamento n. 974 del 1998 si chiude con una frase che di fatto ripropone l'ambiguità del Trattato: « II presente regolamento è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri, a norma del Trattato e fatti salvi i protocolli n. 11 e n. 12 e l'art. 109K (51), par. 1 » (52).

Illuminanti ai fini della risoluzione del problema potrebbe-

---

(48) Regolamento (CE) n. 974/98 del Consiglio del 3 maggio 1998, relativo all'introduzione dell'euro, in *GUCE*, 1998, L 139/1.

(49) Cfr. in tal senso, G. CONTALDI, *Unione economica e monetaria e principio della continuità dei contratti*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1997, p. 421 e ivi a p. 428 (in particolare alla nota n. 19).

(50) Così J.V. LOUIS, *op. cit.*, p. 65 ss.; dello stesso autore cfr. *The rule of law*, in *The European Union beyond Amsterdam - New Concepts of European Integration*, a cura di M. WESTLAKE, London, Routledge 1998, p. 101 e ivi a p. 111.

(51) Ora art. 122.

(52) Sul punto cfr. J.V. LOUIS, *A Legal and Institutional Approach for Building a Monetary Union*, cit., p. 65, il quale conclude nel senso che questa specifica-

ro essere alcune considerazioni sull'efficacia territoriale degli atti adottati nell'ambito di una cooperazione rafforzata. È da ritenere che tali atti, pur costituendo diritto comunitario, abbiano un'efficacia territoriale limitata agli Stati membri partecipanti alla cooperazione rafforzata. Lo si deduce agevolmente, oltre che dalla natura delle cooperazioni rafforzate, dall'art. 43, par. 1, lett. *f*), TUE, a mente del quale le cooperazioni rafforzate non devono pregiudicare « le competenze, i diritti, gli obblighi e gli interessi degli Stati membri che non vi partecipano »: la formulazione di questa disposizione è talmente ampia da escludere per i paesi non partecipanti ogni possibile effetto sia degli atti che tipicamente sono indirizzati agli Stati membri, creando obblighi in capo a questi ultimi (ad esempio le direttive), sia degli atti che, in quanto dotati di efficacia diretta, sono immediatamente applicabili nel diritto interno (ad esempio i regolamenti).

Il problema è risolto più esplicitamente in tal senso nel Protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda e in quello sulla posizione della Danimarca in relazione al Titolo IV (ex III-*bis*) TCE (*Visti, asilo, immigrazione ed altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone*). Nel primo di essi, ad esempio, all'art. 2 è dato leggere che « nessuna disposizione del titolo III-*bis* del trattato che istituisce la Comunità europea, nessuna misura adottata a norma di detto titolo, nessuna disposizione di accordi internazionali conclusi dalla Comunità a norma di detto titolo e nessuna decisione della Corte di giustizia sull'interpretazione di tali disposizioni o misure è vincolante o applicabile nel Regno Unito o in Irlanda; nessuna di tali disposizioni, misure o decisioni pregiudica in alcun modo l'*acquis* comunitario né costituisce parte del diritto comunitario, quali applicabili al Regno Unito o all'Irlanda »; una precisazione del tutto simile è contenuta nel Protocollo sulla Danimarca. Una tale conclusione, costituendo la conseguenza della limitata partecipazione alla cooperazione rafforzata degli Stati membri, si può ragionevolmente ritenere di portata generale e, pertanto, applicabile anche all'unione economica e monetaria. La questione dell'efficacia territoriale dei regolamenti adottati sulla base dell'art. 123, par. 4, verrebbe allora risolta nel senso che si tratta di atti comunitari ad ogni ef-

---

zione non varrebbe ad esonerare né il Regno Unito né la Danimarca dall'applicazione dei regolamenti adottati sulla base dell'art. 123, par. 4.

fetto, con un'efficacia territoriale che è tuttavia limitata ai soli Stati membri senza deroga. Coerentemente, lo stesso varrebbe per gli altri atti adottati nell'ambito dell'unione economica e monetaria in virtù di basi giuridiche delle quali il Trattato esclude l'applicabilità agli Stati membri che non adottano la moneta unica.

Allorché gli Stati membri non partecipanti adotteranno la moneta unica, si applicherà tuttavia un principio analogo a quello posto dall'art. 43, par. 1, lett. *g*), TUE, per il quale i nuovi aderenti devono rispettare le decisioni adottate nell'ambito di una cooperazione rafforzata.

Altro aspetto non espressamente regolato dalle norme sull'unione economica e monetaria è quello della partecipazione dei rappresentanti degli Stati membri che non hanno adottato l'euro alle riunioni del Consiglio finalizzate all'adozione di delibere per le quali è previsto il voto dei soli Stati membri senza deroga. In proposito, infatti, l'art. 122, par. 5, si limita a stabilire che « i diritti di voto degli Stati membri con deroga sono sospesi », senza affrontare direttamente la questione dell'intervento nella fase precedente il voto. Nel silenzio del Trattato si può invero ritenere applicabile — perché non espressamente derogata — la regola generale dell'art. 203, a mente del quale « il Consiglio è formato dai rappresentanti di ciascuno Stato membro... », con il risultato che l'esclusione varrebbe solo per il voto, non anche per la partecipazione ai lavori. A favore di questa soluzione depone ora anche quanto previsto per le cooperazioni rafforzate dall'art. 44 TUE, del quale si è illustrata la portata al par. 3.

6. Le cooperazioni rafforzate relative al primo pilastro costituiscono una modalità di esercizio di competenze comunitarie che, pur facendo capo ad un numero ristretto di Stati membri, sono tuttavia direttamente imputabili, con gli adattamenti del caso, alla Comunità (53). Il Titolo VII TUE e l'art. 11 TCE non prevedono nulla circa le relazioni esterne delle cooperazioni rafforzate, che vanno pertanto inquadrate giuridicamente seguendo

(53) E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra il sistema delle cooperazioni rafforzate e il sistema delle relazioni esterne della Comunità*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1998, p. 331 e ivi a p. 333.

i principi generali. Sulla scorta di questi ultimi, stante il carattere comunitario delle cooperazioni rafforzate, si dovrebbe concludere per l'applicazione alle medesime della regola c.d. del parallelismo, nella sua accezione più ampia che comprende la possibilità che la Comunità concluda accordi internazionali con Stati terzi in materie in cui dispone di una competenza concorrente, a determinate condizioni anche se non ancora esercitata con atti di diritto interno (54) (in quest'ultimo caso, evidentemente, la cooperazione rafforzata consisterebbe proprio nella conclusione di un accordo internazionale) (55).

Va sottolineato che sul piano soggettivo le relazioni esterne delle cooperazioni rafforzate devono necessariamente avere come referente la Comunità — o l'Unione, ove si accolga la tesi per cui quest'ultima ha una personalità internazionale assorbente di quelle delle Comunità europee (56). È infatti da escludere che alle cooperazioni rafforzate si possa riconoscere una qualche soggettività giuridica di rilievo internazionale, sia perché il Trattato non ne fa menzione, sia perché è inequivoco che esse costituiscano azioni in tutto e per tutto integrate nella Comunità e alla medesima riferibili. È del pari da escludere che le cooperazioni rafforzate possano, seppure limitatamente, impegnare sul piano esterno la Comunità (o l'Unione): esse mancano infatti di soggettività anche sul piano interno dell'ordinamento comunitario, in quanto costituiscono non un ente o un organo, bensì, più semplicemente, una modalità particolare attraverso la quale ven-

---

(54) Sul principio del parallelismo cfr., tra gli altri, la sentenza 31 marzo 1971, c. 22/70, *Commissione c. Consiglio (AETS)*, in *Racc.*, 1971, p. 263; il parere 26 aprile 1977, n. 1/76, *ivi*, 1977, p. 741; il parere 19 marzo 1993, n. 2/91, *ivi*, 1993, p. 1061; il parere 15 novembre 1994, n. 1/94, *ivi*, 1994, p. 5267; sulla portata di quest'ultimo in relazione al parallelismo, cfr. N. EMLIOU, *The Death of Exclusive Competence?*, in *E.L. Rev.*, 1996, p. 294 e ivi alle pp. 302 ss. Per una rassegna dei principali profili della dottrina del parrallelismo, alla luce dell'evoluzione giurisprudenziale, cfr. G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Bari 1999, p. 146 ss.; A. TIZZANO, *Note in tema di relazioni esterne dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1999, p. 465 e ivi alle pp. 469 ss.

(55) E. CANNIZZARO, *op. loc. cit*.

(56) A. TIZZANO, *La personalità internazionale dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 1998, p. 377 e ivi alle pp. 401 ss.; E. BRIBOSIA-A. WEYENBERGH, *La personnalité juridique de l'Union européenne*, in (a cura di) M. DONY, *L'Union européenne et le monde après Amsterdam, Commentaire Mégret*, Bruxelles 1999, p. 37.

gono esercitate determinate competenze in conformità delle procedure pertinenti. Quando si parla di relazioni esterne delle cooperazioni rafforzate, dunque, si fa riferimento alle relazioni esterne della Comunità (o dell'Unione) relative a competenze esercitate, sul versante interno, attraverso il meccanismo di una cooperazione rafforzata.

Sennonché, il primo ostacolo che si incontra a voler inquadrare in questo modo le relazioni esterne delle cooperazioni rafforzate è l'evidente asimmetria tra la natura del soggetto che si obbliga verso l'esterno (la Comunità o l'Unione, alle quali fanno capo tutti gli Stati membri) e il numero ristretto di Stati membri che partecipa alla cooperazione rafforzata. Ciò pone il problema se sia ammissibile che la Comunità si impegni sul piano internazionale in settori che riguardano solo alcuni paesi, tenuto conto, tra l'altro, che a mente della lett. *f)* del par. 1 dell'art. 43 TUE le cooperazioni rafforzate non devono pregiudicare i diritti e gli interessi degli Stati membri che non vi partecipano.

A tal riguardo può essere utile prendere in considerazione la disciplina sull'unione economica e monetaria, che alle relazioni esterne dedica norme apposite. Senza entrare nel merito del contenuto specifico, non sempre chiaro, di quelle norme (57), preme in questa sede evidenziare come l'art. 111, par. 3, dopo aver indicato la procedura che va seguita, in deroga all'art. 300, per la negoziazione da parte della Comunità di accordi internazionali in materia di regime monetario o valutario, specifichi che gli accordi conclusi conformemente a quella procedura « sono vincolanti per le istituzioni della Comunità, per la BCE e per gli Stati membri ». L'art. 111 è invero una disposizione concepita per funzionare a regime, quando tutti gli Stati membri parteciperanno all'unione monetaria. Tuttavia, la norma transitoria che viene in rilievo, l'art. 122, si limita a precisare che agli Stati membri con deroga non si applica l'art. 111 (così il par. 3); che i richiami operati in quella disposizione agli Stati membri devono essere riferiti agli Stati membri senza deroga (par. 4); che le maggioranze richieste per le deliberazioni del Consiglio devono

(57) Per un approfondimento dei diversi profili riguardanti le relazioni esterne dell'area dell'euro, sia consentito il rinvio a R. BASSO, *Sulle relazioni esterne della Comunità europea in materie riguardanti l'unione economica e monetaria*, in *Riv. dir. int.*, 2001, p. 110 ss.

essere adeguate per tener conto del ristretto numero degli Stati membri senza deroga (par. 5) (58). Dunque, la norma transitoria non esclude che, in presenza di Stati membri non partecipanti, la Comunità si possa impegnare in accordi internazionali vertenti su questioni monetarie, i quali vincolerebbero, oltre alle istituzioni e alla BCE, i soli Stati membri senza deroga.

Da tutto ciò si possono ricavare due conclusioni: 1) che in linea di principio non è necessariamente in contrasto con l'impianto del Trattato che la Comunità partecipi ad accordi con Stati o organizzazioni internazionali in materie in cui la sua azione è riferibile solo ad alcuni Stati membri e che tali accordi vincolino le istituzioni della Comunità e gli Stati membri in questione; 2) che da detti accordi non sono vincolati in alcun modo gli altri Stati membri. Non vi sono a nostro avviso particolari ostacoli per l'applicazione dei medesimi canoni alle cooperazioni rafforzate, posto che essi contemperano le due esigenze sopra menzionate: quella che alle cooperazioni rafforzate, pienamente integrate nell'ordinamento comunitario, non siano precluse azioni esterne e quella che siano fatti salvi i diritti e gli interessi degli Stati non partecipanti (59)-(60).

Su un piano di politica estera, la possibilità di imputare alla Comunità l'azione deliberata seguendo procedure in cui il Consiglio interviene in una composizione ristretta è del resto coeren-

---

(58) Ai fini dell'art. 111, Regno Unito e Danimarca, in virtù dei protocolli ad essi relativi, ricevono il medesimo trattamento degli Stati membri con deroga.

(59) Cfr., in questo senso, C.D. EHLERMANN, *op. cit.*, pp. 379-380; E. CANNIZZARO, *op. cit.*, p. 335 ss., il quale individua peraltro una limitazione a carico degli Stati membri non partecipanti, riveniente dall'obbligo generale di collaborazione e consistente negli oneri di informare la Comunità prima di impegnarsi con Stati terzi in campi che rientrano in una cooperazione rafforzata ovvero di verificare la possibilità che sul versante esterno la Comunità intraprenda un'azione comune a tutti gli Stati membri.

(60) Un precedente di questa soluzione, nell'ambito dell'Unione, può essere rinvenuto in una delle dichiarazioni dei Capi di Stato e di Governo rese in occasione del Consiglio europeo di Edimburgo al fine di chiarire la posizione della Danimarca in vista del secondo *referendum* per la ratifica del Trattato di Maastricht. In relazione alla politica di difesa, infatti, veniva specificato che la Danimarca non avrebbe partecipato alla realizzazione e all'attuazione di decisioni e azioni dell'Unione con implicazioni nel campo della difesa, ma non avrebbe impedito lo sviluppo di una cooperazione rafforzata tra Stati membri in quel campo. Sul punto cfr. D. HOWARTH, *op. cit.*, p. 774 ss.

te con quanto stabilito, in relazione al secondo pilastro, dall'art. 23 TUE, per il quale, in questioni afferenti la PESC, lo Stato membro che si è astenuto dalla votazione « non è obbligato ad applicare la decisione, ma accetta che essa impegni l'Unione » (61). Nell'ambito del secondo e del terzo pilastro, inoltre, una ulteriore regola di flessibilità è contenuta nell'art. 24 TUE, relativo agli accordi conclusi dal Consiglio, i quali non sono vincolanti per quegli Stati membri « il cui rappresentante in sede di Consiglio dichiari che (essi devono) conformarsi alle prescrizioni della propria procedura costituzionale »; qualora dovesse verificarsi una tale evenienza, infatti, « gli altri membri del Consiglio possono convenire che l'accordo si applichi a titolo provvisorio nei loro confronti » (62).

Poiché le cooperazioni rafforzate non possono pregiudicare né l'*acquis* né le misure adottate a norma dei trattati (art. 43, par. 1, lett. *e*), TUE), è da ritenere che un accordo internazionale che comporti obblighi incompatibili con disposizioni vigenti nell'ordinamento comunitario non possa essere sottoscritto. Questo contrasto potrà essere rilevato dalla Corte di giustizia, adita in via preventiva ai sensi dell'art. 300, par. 5, da parte del Consiglio, della Commissione ovvero di uno Stato membro (è da ritenere, stanti gli interessi coinvolti, anche se non partecipante alla cooperazione rafforzata).

Un'altra questione, non affrontata dai trattati, per la quale si può trarre spunto dalla disciplina sull'unione economica e monetaria, riguarda il problema se il grado di coinvolgimento degli Stati membri partecipanti in una cooperazione rafforzata possa essere differenziato; se, in altre parole, alcuni Stati membri possano usufruire di una deroga nell'ambito della loro partecipazione alla cooperazione. La dicitura degli artt. 43 TUE e 11 TCE (« gli Stati membri che intendano *instaurare* una cooperazione rafforzata... ») sembra non escludere questa evenienza, posto che l'instaurazione può richiedere passaggi graduali e non necessariamente identici per tutti gli Stati membri. In particolare, alcuni di essi potrebbero avere bisogno di un regime diffe-

---

(61) Sull'istituto della c.d. astensione costruttiva cfr. A. DASHWOOD, *External Relations Provisions of the Amsterdam Treary*, in *C.M.L. Rev.*, 1998, p. 1019 e ivi a p. 1034.

(62) Sul punto cfr. A. TIZZANO, *op. ult. cit.*, p. 393.

renziato e transitorio prima di giungere ad un pieno coinvolgimento nell'iniziativa. Anche il par. 2 dell'art. 43 TUE, nel prevedere che gli Stati membri applichino gli atti e le decisioni adottati per l'attuazione della cooperazione cui partecipano, specifica che ciò deve avvenire *per quanto li riguarda*, così lasciando aperta la possibilità che vi possano essere differenziazioni.

Non mancano invero gli argomenti contrari a che si abbiano Stati membri partecipanti ad una cooperazione rafforzata, ma con deroga. Una prima obiezione che potrebbe essere mossa riguarda la circostanza che per gli artt. 43 TUE e 11 TCE i motivi che inducono uno Stato membro a non partecipare ad una cooperazione rafforzata sono irrilevanti: sembrano messe sullo stesso piano la semplice obiezione politica nei confronti dell'iniziativa e la mancanza delle condizioni (ad esempio economiche) per prendervi parte (63). Se ne potrebbe argomentare che lo Stato membro che si ritenga impossibilitato ad aderire pienamente sin dall'inizio ad una cooperazione rafforzata, secondo la logica dei trattati, dovrebbe astenersi dalla partecipazione, finché non consegua quei presupposti. Inoltre, l'inclusione nel novero degli Stati membri partecipanti di paesi esonerati, seppur transitoriamente, dall'impegnarsi pienamente nella cooperazione rafforzata, potrebbe costituire un espediente per raggirare la condizione del numero minimo di aderenti (art. 43, par. 1, lett. *d*), TUE). Si rischierebbe, infine, una discriminazione tra Stati membri partecipanti con deroga — che votano nelle delibere del Consiglio — e Stati membri non partecipanti, esclusi dal voto. Una tale differenziazione sarebbe tanto più evidente quanto più ampia — anche temporalmente — risultasse la deroga.

Una riflessione su quanto avviene a tal riguardo nel campo dell'unione economica e monetaria può risultare utile. Si rammenterà che gli Stati membri che non hanno adottato l'euro si dividono in due categorie, quelli che partecipano alla terza fase *con deroga* e quelli che, disponendo di una *facoltà* di *opting out*, hanno deciso di non partecipare alla terza fase. Tutti rimangono esclusi *in toto* dall'adozione dell'euro; tuttavia i primi hanno

(63) Probabilmente, il silenzio dei trattati sul punto è da ricollegare al mancato accordo tra le parti contraenti circa la funzione stessa delle cooperazioni rafforzate nell'economia complessiva del sistema comunitario, sul quale cfr. J. SHAW, *op. cit.*, p. 67.

aderito al progetto di creazione di una moneta unica, i secondi hanno manifestato un pregiudiziale sfavore verso la propria partecipazione a questa tappa dell'integrazione, pur accettando che essa avvenisse nel quadro della Comunità (ma si è visto che ciò è vero soprattutto per il Regno Unito, mentre resta ambigua la posizione della Danimarca). Ancora, i primi devono il loro status alla circostanza che non hanno realizzato tutti i presupposti richiesti dal Trattato per l'adozione della moneta unica e versano nell'obbligo di realizzarli, compatibilmente con le proprie condizioni economiche; i secondi, per converso, si trovano esclusi dall'unione monetaria per una loro scelta politica e finché lo riterranno opportuno.

Il Trattato conosce dunque due categorie di Stati membri rimasti fuori dell'area monetaria comune e li assoggetta a regole diverse: gli uni sono impegnati ad adoperarsi a rendere possibile quanto prima l'ingresso, gli altri rimangono liberi di restare al di fuori fintantoché lo desiderino. Le ragioni della non partecipazione non sono irrilevanti, in quanto gli Stati membri che hanno condiviso l'iniziativa ma non sono in possesso dei requisiti per l'accesso si trovano in una fase transitoria ed hanno una serie di obblighi, mentre gli Stati membri che si sono riservati una valutazione politica sul merito di essa non hanno alcun obbligo. Va tuttavia evidenziato come tanto l'una quanto l'alta categoria non abbia diritto di voto nell'ambito delle procedure decisionali relative alla politica monetaria, né in sede di Consiglio né in sede di SEBC. Tutti gli Stati membri sono poi assimilati sul piano dell'efficacia territoriale degli atti adottati senza il concorso del loro rappresentante nel Consiglio nonché degli accordi internazionali in materia monetaria.

Da quanto si è riferito è possibile trarre uno spunto a favore della tesi che le ragioni di una partecipazione graduata e quelle di una non partecipazione possano essere tenute distinte anche per le cooperazioni rafforzate. In particolare, la posizione di uno Stato membro che condivide i metodi e gli obiettivi di una cooperazione rafforzata ma ritiene necessario che il proprio coinvolgimento sia graduale, nonostante il silenzio dei trattati, non deve essere messa necessariamente sullo stesso piano di quella dei paesi che non valutano opportuna la propria partecipazione all'iniziativa.

In questa prospettiva, la partecipazione con deroga ad una

cooperazione rafforzata andrebbe ammessa. Peraltro, si ritiene che a tal fine dovrebbero ricorrere una serie di condizioni. Innanzitutto, che la deroga sia temporanea ed accompagnata da precisi obblighi di creare i presupposti per una piena partecipazione; la temporaneità e l'esistenza di obblighi di adeguamento dovranno essere tanto più stringenti e determinati quanto più è estesa la deroga, al fine di evitare facili discriminazioni sia con gli Stati partecipanti a pieno titolo sia con gli Stati non partecipanti. L'esistenza di una deroga totale, non affiancata da scadenze precise, nell'ambito della terza fase dell'unione economica e monetaria è infatti accompagnata dall'esclusione degli Stati membri con deroga dalle decisioni sulle questioni afferenti la conduzione della politica monetaria, soluzione che non è configurabile per le cooperazioni rafforzate, nelle quali il diritto di voto viene negato solo agli Stati membri che non partecipano all'iniziativa. Altra condizione che appare essenziale è che venga assicurata parità di trattamento a tutti gli Stati membri, per cui chiunque intenda aderire con deroga, purché versi nelle medesime condizioni e accetti impegni equivalenti, deve poterlo fare.

7. Come è dato leggere nella *Risoluzione sul coordinamento delle politiche economiche nella terza fase dell'unione economica e monetaria e sugli artt. 109 e 109B del Trattato*, approvata dal Consiglio europeo di Lussemburgo del 12 e 13 dicembre 1997, « il passaggio ad una moneta unica richiederà un rafforzamento della sorveglianza comunitaria e del coordinamento delle politiche economiche tra gli Stati membri che partecipano all'area dell'euro »: ciò in quanto detti Stati membri condividono una politica monetaria e un tasso di cambio unici; perché tra loro dovrebbe essere maggiore la convergenza degli andamenti ciclici; perché, infine, le condizioni e le politiche economiche nazionali hanno un impatto sulle prospettive di inflazione dell'area dell'euro (64).

Come è noto, ai sensi dell'art. 99 l'istituzione abilitata ad

(64) Cfr. il punto 1 del primo paragrafo della Risoluzione, in *Boll. UE*, 12-1997, p. 18. Sull'unitarietà dell'assetto complessivo dell'unione economica e monetaria, nonostante il frazionamento istituzionale e normativo tra il versante della politica economica e quello della politica monetaria, cfr. R. BASSO, *L'unione economica e monetaria e l'euro*, cit., p. 59 ss.

adottare gli indirizzi di massima per le politiche economiche nazionali è il Consiglio (Eco/Fin), ovviamente nella sua composizione plenaria, secondo la regola generale prevista dall'art. 203. La predetta risoluzione, nel prendere atto che « tale ruolo determinante del Consiglio Eco/Fin al centro del processo decisionale e di coordinamento in materia economica sancisce l'unità e la coesione della Comunità », specifica altresì che « i ministri degli Stati aderenti all'area dell'euro possono riunirsi in modo informale per discutere di questioni connesse alle responsabilità specifiche che condividono in materia di moneta unica » (65). La sede di queste riunioni è stata battezzata dapprima Euro-X e, dopo l'individuazione degli Stati membri senza deroga, dapprima Euro-11 e, successivamente, Eurogruppo: alle sue riunioni partecipano i ministri degli Stati membri partecipanti alla terza fase dell'unione economica e monetaria senza deroga e possono essere invitati altresì esponenti della Commissione, della BCE, degli Stati membri che non hanno adottato l'euro.

Si tratta dunque di un foro informale di discussione, destinato ad occuparsi delle sole questioni aventi un interesse specifico per gli Stati membri senza deroga (« ogni volta che si affrontano questioni di interesse comune, esse sono discusse dai ministri di tutti gli Stati membri ») (66), il quale, astrattamente, non dovrebbe in alcun modo alterare l'esercizio delle competenze comunitarie (« in tutti i casi in cui occorra prendere una decisione, essa viene adottata dal Consiglio Eco/Fin secondo le procedure stabilite dal trattato ») (67). È stato tuttavia rilevato il pericolo che un'iniziativa del genere possa condurre alla costituzione di una sorta di « sindacato di voto all'interno del Consiglio » (68). Va inoltre messa in rilievo la mancanza di trasparenza dell'operato dell'Eurogruppo, derivante proprio dalla sua natura informale.

Così come delineato dai richiamati documenti esaminati dal Consiglio europeo di Lussemburgo, probabilmente l'Eurogruppo non rappresenta una meccanismo suscettibile di essere river-

---

(65) Cfr. il punto 6 del primo paragrafo della Risoluzione, in *Boll. UE*, 12-1997, p. 19.

(66) *Ibidem*.

(67) *Ibidem*.

(68) G. GAJA, *La cooperazione rafforzata*, cit., p. 329.

sato negli schemi istituzionali che i trattati prevedono per le cooperazioni rafforzate. Si tratta, infatti, di un semplice patto di consultazione, un foro di confronto per discutere questioni connesse alle responsabilità specifiche che i ministri degli Stati aderenti all'area dell'euro condividono in materia di moneta unica e non di una cooperazione vera e propria, in quanto non sono previste iniziative realizzate in comune, ma semplicemente una sede di discussione. Diversamente, qualora esso si desse una qualche organizzazione interna, cominciasse a prendere posizioni, a deliberare atti di indirizzo, anche non vincolanti, verso gli Stati membri dell'area dell'euro, vi sarebbe una forma di cooperazione che astrattamente si lascerebbe ricondurre negli schemi di una cooperazione rafforzata.

Nella riunione tenutasi a Vienna l'11 e il 12 dicembre 1998 il Consiglio europeo ha approvato un rapporto presentato dal Consiglio sulla rappresentanza esterna dell'area dell'euro, nel quale si affrontano, tra le altre cose, le questioni concernenti la partecipazione della Comunità ai vertici e alle organizzazioni internazionali che si occupano di questione monetarie (G7, Fondo monetario internazionale) (69). Con riguardo al gruppo dei ministri delle finanze e dei Governatori del G7, nel Rapporto si suggerisce di far partecipare alle riunioni il Presidente del Consiglio Eco/Fin ovvero, se questi proviene da un paese non partecipante all'unione monetaria, il Presidente dell'Euro-11 (ora Eurogruppo); per i temi attinenti alla politica monetaria, in vista delle riunione ci dovrebbe poi essere una preparazione informale nell'ambito dell'Eurogruppo (70). Quest'ultimo comincia dunque ad assumere i connotati di un consesso decisionale e, qualora una siffatta tendenza evolutiva del suo ruolo dovesse consolidarsi, l'attività dell'Eurogruppo potrebbe confluire in una cooperazione rafforzata, qualora risultino soddisfatte le condizioni poste dal Titolo VII TUE e dall'art. 11 TCE.

Quanto alle condizioni richieste dall'art. 43 TUE, si può

---

(69) Sul punto cfr. R. BASSO, *Sulle relazioni esterne della Comunità europea in materie riguardanti l'unione economica e monetaria*, cit., p. 115 ss.

(70) Consiglio europeo di Vienna dell'11 e 12 dicembre 1998, Conclusioni della Presidenza, Allegato II, punto 10 (in *Boll. UE*, 12-1998, pp. 25-26): « Il Consiglio ha convenuto che l'Euro-11 debba preparare in via informale prima delle riunioni le questioni attinenti all'UEM e che questo elemento è parte integrante della rappresentanza della Comunità nel gruppo del G7 ».

agevolmente rilevare che un maggior coordinamento delle politiche economiche tra gli Stati membri che hanno adottato la moneta unica sarebbe finalizzato a promuovere gli obiettivi, in questo caso di progresso economico e sociale, dell'Unione, come richiesto dalla lett. *a*) del par. 1 di quella disposizione. Inoltre, esso rispetterebbe il quadro istituzionale unico (lett. *b*); riguarderebbe la maggioranza degli Stati membri (lett. *d*); non sarebbe suscettibile di pregiudicare l'*acquis* della Comunità né altre misure adottate in base al Trattato (lett. *e*), non comportando l'adozione di atti normativi o altrimenti vincolanti, bensì, semplicemente, un'azione di coordinamento la quale, basandosi sull'art. 99 (71), si svolgerebbe attraverso raccomandazioni (72). Inoltre, non pregiudicherebbe la posizione di altri Stati membri (lett.*f*), perché si occuperebbe di questioni interne all'area dell'euro. La partecipazione limitata agli Stati membri senza deroga sarebbe infine compatibile con il principio della porta aperta (lett. *g*), posto che esso è esplicitamente subordinato al rispetto della decisione di base, che, si ritiene, può contenere condizioni per l'accesso, purché non discriminatorie e ragionevoli (quale sarebbe, per l'appunto, l'aver adottato la moneta unica).

Quanto all'art. 11, par. 1, TCE, non porrebbero problemi le condizioni che si tratti di competenze non esclusive (lett. *a*), che non si investa la cittadinanza europea e che non si introducano discriminazioni (lett. *b*), che non si incida negativamente sul commercio o sulla concorrenza tra gli Stati membri (lett. *e*). Nemmeno il requisito, posto dalla lett. *d*), che la cooperazione rafforzata resti nei limiti delle competenze comunitarie, dovrebbe costituire un ostacolo, in quanto l'art. 99 investe la Comunità del coordinamento delle politiche economiche a tutto raggio, senza ulteriori specificazioni.

---

(71) La cooperazione rafforzata si svolgerebbe facendo leva sull'art. 99 in virtù di quanto disposto dall'art. 44 TUE, a mente del quale « ai fini dell'adozione degli atti e delle decisioni necessari per l'attuazione della cooperazione... si applicano le pertinenti disposizioni istituzionali... ».

(72) Si tratta peraltro di raccomandazioni particolari, stante l'esistenza di una procedura di sorveglianza multilaterale sul loro rispetto e una forma di sanzione, in caso di mancato rispetto, consistente nel rendere pubbliche le raccomandazioni che il Consiglio rivolge agli Stati membri che abbiano attuato politiche economiche non coerenti con gli indirizzi elaborati in sede comunitaria (art. 99, par. 4). Sul punto cfr., *amplius*, R. BASSO, *L'unione economica e monetaria e l'euro*, cit., p. 32 ss.

L'unica condizione che a prima vista sembrerebbero opporsi a che l'Eurogruppo confluisca in una cooperazione rafforzata potrebbe essere quella imposta dalla lett. *b*), a mente della quale l'iniziativa non deve incidere sulle politiche, sulle azioni o sui programmi comunitari. Gli orientamenti maturati da un eventuale Eurogruppo *comunitarizzato* potrebbero infatti interferire con quelli elaborati dal Consiglio (Eco/Fin) per tutta la Comunità. Altrimenti detto, sull'art. 99 verrebbero ad insistere due politiche di coordinamento — una per tutta la Comunità, l'altra per la sola area dell'euro — con la concreta possibilità di sovrapposizioni (73). Una lettura più attenta della condizione in parola conduce tuttavia ad escludere che essa costituisca davvero un ostacolo. La lett. *b*) dell'art. 11, par. 1, stabilisce infatti che gli Stati membri che intendono instaurare una cooperazione rafforzata possono essere autorizzati a ricorrere alle istituzioni, alle procedure e ai meccanismi del Trattato, a condizione che la cooperazione proposta non incida sulle politiche, sulle azioni o sui programmi comunitari. Non si richiede che la cooperazione sia insuscettibile, *in astratto*, di incidere sulle politiche, sulle azioni, sui programmi comunitari, bensì che *di fatto* non vi siano interferenze. La condizione, dunque, riguarda non tanto (o non solo) l'ammissibilità di una cooperazione rafforzata, quanto il suo sviluppo, i contenuti che assumerà *in concreto* la sua attuazione (74). L'evenienza astratta che vi sia un'interferenza di per sé non costituisce una ragione sufficiente per negare l'autorizzazione; al più, ove un pericolo di tal fatta sia individuato, l'autorizzazione potrà delimitare i confini della cooperazione rafforzata, ribadendo che essa non deve incidere sulle altre iniziative della Comunità (ma, probabilmente, si tratterebbe di una clausola superflua, stante la previsione generale riveniente direttamente dalla lett. *b*) dell'art. 11, par. 1, oltre che dal generale principio di collaborazione previsto dall'art. 10).

---

(73) Una situazione simile avveniva nella vigenza del Protocollo sulla politica sociale, il quale si affiancava al Titolo VIII TCE (*Politica sociale, istruzione, formazione professionale e gioventù*); sul punto, cfr. P. WATSON, *op. cit.*, p. 511.

(74) Questa interpretazione è del resto coerente con l'impiego dei concetti di politiche, *azioni* e *programmi*, i quali — in contrapposizione alla nozione di *acquis* richiamata dall'art. 43, par. 1, lett. *e*), TUE — hanno una dimensione dinamica proiettata nel futuro. In questo senso V. COSTANTINESCO, *op. cit.*, p. 760 e J. SHAW, *op. cit.*, p. 73.

Potranno utilmente contribuire ad evitare sovrapposizioni o contrasti tra l'attività dell'Eurogruppo e quella del Consiglio Eco/Fin tanto il Comitato economico e finanziario — chiamato dall'art. 114, par. 2, comma 2, a contribuire alla preparazione dei lavori del Consiglio di cui all'art. 99 nonché a svolgere gli altri compiti, consultivi e preparatori, che il Consiglio medesimo gli affidi — quanto la Commissione, che elabora i progetti di indirizzi di massima per le politiche economiche (art. 99, par. 2). Inoltre, la partecipazione (senza diritto di voto) degli Stati membri che non hanno adottato la moneta unica ai lavori dell'Eurogruppo farebbe sì che la composizione dei due organi sarebbe la medesima, con la conseguenza che, nei fatti, risulterebbe più agevole il coordinamento.

Più complessa è la questione se l'eventuale *comunitarizzazione* dell'Eurogruppo costituisca semplicemente una possibilità ovvero se con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam essa sia divenuta in qualche modo doverosa. Nei trattati non vi è infatti alcuna disposizione che si soffermi specificamente sulla natura, facoltativa o obbligatoria, delle cooperazioni rafforzate. In altre parole, non si dice espressamente se quegli Stati membri che intendono realizzare un'iniziativa in comune in una materia che rientra tra le competenze (non esclusive) della Comunità *possano* o *debbano* ricorrere alle regole dei trattati sulle cooperazioni rafforzate.

Il par. 1 degli artt. 43 TUE e 11 TCE esordiscono statuendo che gli Stati membri che intendono instaurare una cooperazione rafforzata *possono* essere autorizzati a ricorrere alle procedure, alle istituzioni, ai meccanismi previsti dal Trattato, purché ricorrano le condizioni sopra illustrate. L'impiego del verbo *potere* si presta tuttavia ad intendere due diverse facoltà: 1) quella di svolgere una cooperazione rafforzata nel quadro istituzionale della Comunità, che si affiancherebbe così all'opzione (che rimarrebbe impregiudicata) di avviare una cooperazione rafforzata al di fuori dell'ordinamento comunitario (75); ovvero 2) la facoltà di instaurare una cooperazione, purché nel rispetto delle condizioni, procedurali e sostanziali, poste dai trattati e per mez-

(75) In questo senso C.D. EHLERMANN, *op. cit.*, p. 372; G. GAJA, *La cooperazione rafforzata*, cit., p. 322; E. PHILIPPART-G. EDWARDS, *op. cit.*, p. 90; J. SHAW, *op. cit.*, p. 85.

zo delle istituzioni, delle procedure, dei meccanismi della Comunità. La seconda interpretazione, al contrario della prima, escluderebbe l'ammissibilità di cooperazioni in ambiti di competenza (anche) comunitaria al di fuori degli schemi dei trattati (76).

Probabilmente, ciascuna delle due teorie sopra illustrate coglie un aspetto importante ai fini della soluzione del problema. La prima, quella della facoltatività, si concilia con la circostanza che le cooperazioni rafforzate riguardano settori nei quali, nel rispetto dei vincoli imposti dai trattati, gli Stati membri possono — sul piano sia interno, sia internazionale — assumere le iniziative che desiderano nonché con il fatto che, a causa dell'esistenza di condizioni sostanziali e procedurali, l'avvio di una cooperazione rafforzata non è sempre possibile e non sempre è nella disponibilità degli Stati membri interessati. Alla tesi dell'obbligatorietà, d'altro canto, sottende l'esigenza di preservare l'unitarietà dell'ordinamento comunitario, ivi incluso il complesso di garanzie istituzionali che lo caratterizzano.

In ogni caso, il dovere di leale cooperazione previsto dall'art. 10 (77) sembrerebbe richiedere che gli Stati membri interessati, ricorrendone le condizioni, almeno esperiscano un tentativo di instaurare la cooperazione inserendola nella cornice istituzionale prevista dai trattati. Garantirebbero così il principio della porta aperta, il rispetto delle procedure pertinenti previste dalle norme rilevanti, il controllo e la partecipazione della Commissione e del Parlamento europeo a tutela degli interessi della Comunità nel suo complesso, la trasparenza dell'azione del Consiglio, che delibera alla presenza dei rappresentanti di tutti gli Stati membri, il rispetto di principi fondamentali dell'ordinamento comunitario quali la sussidiarietà, la proporzionalità, la non discriminazione e il controllo giurisdizionale della Corte di giustizia (78).

---

(76) Così V. COSTANTINESCO, *op. cit.*, p. 755.

(77) Tale dovere si applica agli Stati membri anche con riguardo al comportamento che tengono al di fuori della Comunità; cfr. C.D. EHLERMANN, *op. cit.*, p. 372.

(78) Cfr. sul punto il *Rapporto alla Commissione europea sulle implicazioni istituzionali dell'allargamento*, presentato il 18 ottobre 1999 dal c.d. Comitato dei saggi (composto da R. VON WEIZSÄCKER-J.-L. DEHAENE-D. SIMON), nel quale è dato leggere che le iniziative di cooperazione rafforzata svolte al di fuori degli schemi predisposti dai trattati « incidono sull'equilibrio istituzionale dell'Unione e priva-

A conforto di questa conclusione si possono anche richiamare i termini del dibattito sul tema — per alcuni versi analogo — dell'ammissibilità di azioni condotte da tutti gli Stati membri al di fuori della Comunità per mezzo di accordi internazionali o nella forma intergovernativa delle decisioni dei rappresentanti degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio, ogni qual volta le medesime siano suscettibili di essere sviluppate facendo ricorso all'art. 308. La tesi che ammette la possibilità di opzione tra la via *intergovernativa* e la via *comunitaria* fa leva sulla convinzione che con i trattati comunitari gli Stati membri non abbiano rinunciato ai poteri di interagire tra di loro quali soggettti di diritto internazionale, anche al fine di attuare competenze concorrenti assegnate alla Comunità, ogni qual volta quest'ultima non sia ancora intervenuta con un proprio atto (79). A favore del ricorso necessario all'art. 235 (ora 308) sono stati invece richiamati « il senso e la funzione dell'art. 235 » (80), che darebbero « al problema dell'integrazione dei poteri dell'organizzazione una risposta interamente ''comunitaria'', approntando una procedura che si sviluppa tutta nell'ambito del sistema e rispettando il quadro delle competenze e delle garanzie istituzionali » (81). Alla luce di quest'ultima constatazione, in particolare, è stato sostenuto che, accertata l'esistenza dei presupposti per l'impiego dell'art. 308 (82), sarebbe inibito agli Stati membri il ricorso alla via in-

---

no gli Stati membri, oltre ai loro cittadini, delle garanzie democratiche e giudiziarie offerte da un quadro istituzionale » (p. 7).

(79) Cfr., per una rassegna degli argomenti a favore della facoltatività del ricorso all'art. 235 (ora 308), I.E. SCHWARTZ, *sub* art. 235 - *Allgemeine Ermächtigungsklausel*, in (a cura di) H. VON DER GROEBEN-H. VON BOECKH-J. THIESING-C.D. EHLERMANN, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Baden-Baden, 1983 Band 2, p. 1157 e ivi alle pp. 1222-1224.

(80) Ora art. 308.

(81) Così A. TIZZANO, *Lo sviluppo delle competenze materiali delle Comunità europee*, in *Riv. dir. europeo*, 1981, p. 139 e ivi a p. 174. Per una dettagliata ricostruzione degli argomenti a favore della tesi dell'obbligatorietà del ricorso all'art. 235 (ora 308), cfr. I.E. SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 1221 ss., il quale dà particolare rilievo ad una lettura sistematica degli artt. 2, 3, 4, 5, 235 TCE (ora, rispettivamente, 2, 3, 7, 10 e 308), a mente della quale solo le istituzioni della Comunità alle condizioni previste dal Trattato, non anche l'insieme degli Stati membri, potrebbero agire per la realizzazione degli obiettivi della Comunità quando si richiede un'azione comune (p. 1227 ss.).

(82) Sull'istituzione competente ad accertare la ricorrenza dei presupposti

tergovernativa (83). È importante sottolineare che un tale ragionamento è stato svolto per casi in cui gli Stati membri intendano *tutti* adire, di comune accordo, la soluzione intergovernativa (preferendola a quella comunitaria, che pure presuppone l'unanimità di consensi), senza che sorgano dunque esigenze di tutela delle ragioni di Stati membri non partecipanti all'iniziativa. Le motivazioni che lo sostengono potranno pertanto essere riproposte, a maggior ragione, alle cooperazioni rafforzate, dove quelle esigenze di tutela effettivamente si pongono (84)-(85).

Alla luce di queste conclusioni, è lecito ritenere che, sussistendo la compatibilità tra l'Eurogruppo e le condizioni previste dai trattati, gli Stati membri interessati dovrebbero quantomeno fare istanza per essere autorizzati a svolgere una cooperazione rafforzata; in tal modo sarebbe possibile integrare pienamente l'attività dell'Eurogruppo nel quadro istituzionale della Comunità e garantirne la trasparenza nei confronti del Parlamento europeo, degli Stati membri non partecipanti e dell'opinione pubblica in generale (86).

8. Il Trattato non disciplina i rapporti tra Stati membri partecipanti ad una cooperazione rafforzata e Stati membri non

---

richiesti dall'art. 308 ovvero sul momento dal quale decorrerebbe l'obbligo di seguire una procedura comunitaria al posto di quella intergovernativa si registrano in dottrina diverse posizioni. In particolare, si è alternativamente sostenuto che l'obbligo sorgerebbe con la proposta (o altra presa di posizione formale) della Commissione, con un accertamento eseguito dal Consiglio ovvero, più semplicemente, *ipso iure*, per la ricorrenza dei presupposti previsti dal Trattato (senza il bisogno di accertamento alcuno); sul punto cfr. I.E. SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 1232, anche per ulteriori riferimenti.

(83) A. TIZZANO, *op. ult. cit.*, p. 174; I.E. SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 1232.

(84) Cfr. la nota n. 78.

(85) Tra la tesi dell'obbligatorietà del ricorso all'art. 308 e quella sostenuta nel testo con riguardo alle cooperazioni rafforzate corre evidentemente la differenza che in quest'ultimo caso l'obbligo non riguarda lo *svolgimento* di una cooperazione rafforzata nelle forme previste dai trattati, posto che ciò non è nella disponibilità dei soli Stati membri che intendono instaurarla (se non altro per l'esistenza di diritti di veto), bensì il *tentativo* di instaurarla prima di adire la via intergovernativa. Per l'art. 308, invece, è richiesta l'unanimità in termini sia di adesione all'iniziativa, sia di consensi, con la conseguenza che l'obbligo di tentare la via comunitaria non può non risolversi in quello di attuarla.

(86) Cfr. il *Rapporto alla Commissione europea sulle implicazioni istituzionali dell'allargamento*, citato alla nota n. 78, p. 7.

partecipanti, se non per stabilire che le prerogative e gli interessi di questi ultimi non possono in alcun modo essere pregiudicati, che sia sempre riconosciuta loro la possibilità di aderire e che essi non devono ostacolare l'attuazione della cooperazione rafforzata (art. 43, par. 1, lett. *f*) e *g*), e par. 2, TUE). Non vengono invece indicate le modalità in cui la cooperazione rafforzata e gli Stati membri non partecipanti possono intrattenere rapporti ovvero disciplinare questioni di interesse comune. Può risultare costruttivo a tal riguardo richiamare l'esperienza dell'unione economica e monetaria.

In materia monetaria il Trattato, nel prevedere obiettivi e competenze della politica di cambio dell'euro, fa riferimento esclusivamente ai rapporti con valute extracomunitarie (art. 111); nulla dispone circa la relazione tra la moneta unica e le valute degli Stati membri non partecipanti all'unione monetaria (87). Il Consiglio europeo di Amsterdam del 16 e 17 giugno 1997 è intervenuto sull'argomento, approvando una risoluzione che costituisce il punto di partenza per la costituzione di un sistema monetario comprendente l'euro e le valute comunitarie c.d. *out*, il quale prenderà il posto dello SME, con il nome di SME2.

Da un punto di vista formale lo SME2 riprende l'ispirazione di fondo della complessa architettura normativa dello SME (88). Ed infatti, le fonti legali sono costituite dalla citata risoluzione del Consiglio europeo di Amsterdam (89) e da un accordo tra le banche centrali (90), che fissa le procedure operative. Viene meno, evidentemente, il terzo pilastro dello SME,

---

(87) Sul punto cfr. J.V. LOUIS, *op. ult. cit*., p. 70; cfr. altresì F. SACCOMANNI, *Verso lo SME2: un meccanismo di cooperazione tra l'euro e le altre monete dell'Unione europea*, in *Moneta e credito*, 1997, p. 3 e ivi alle pp. 5 ss., per una dimostrazione del fatto che il Trattato sembra presupporre la costituzione di un meccanismo di cambio tra l'euro e le monete di paesi con deroga.

(88) Sulla quale cfr. G.L. TOSATO, *Il Sistema monetario europeo*, cit., pp. 376 ss. e *Il Sistema monetario europeo nella prospettiva dell'unione monetaria*, cit., p. 40 ss.

(89) Cfr. Consiglio europeo di Amsterdam del 16 e 17 giugno 1997, Conclusioni della Presidenza, Allegato II, in *Boll. UE*, 6-1997, pp. 22-23.

(90) *Accordo tra la Banca centrale europea e le banche centrali nazionali non appartenenti all'area dell'euro che stabilisce le procedure operative di un meccanismo di cambio per la terza fase dell'Unione economica e monetaria*, in *GUCE*, 1998, C 345/6.

quello regolamentare, posto che esso riguardava l'ecu, ora sostituito dalla moneta unica.

Quanto all'accordo intercorso tra la Banca centrale europea e le Banche centrali nazionali dei paesi non partecipanti, esso è stato qualificato da taluni come un accordo di diritto internazionale concluso da articolazioni interne della Comunità e degli Stati membri non partecipanti « *by virtue of [their] (limited and derivative) international legal personality* » (91). Non va tuttavia dimenticato che la qualificazione giuridica dell'accordo tra banche centrali concluso nell'ambito dello SME è stata oggetto di un dibattito dottrinario, nel corso del quale alla tesi dell'accordo in forma semplificata di diritto internazionale si è contrapposta quella dell'« accordo atipico basato sul diritto comunitario ovvero su altro sistema di tipo transnazionale » (92), rilevante nel sistema comunitario in forza dell'art. 5 (ora art. 10). La questione si ripropone con ogni probabilità in termini analoghi nel nuovo contesto dello SME2, sebbene all'accordo partecipino non solo organi degli Stati membri ma anche un organo della Comunità (la BCE) (93).

---

(91) Così C. ZILIOLI-M. SELMAYR, *The external relations of the euro area: legal aspects*, in *C.M.L. Rev.*, 1999, p. 273 e ivi a p. 311.

(92) Cfr. G.L. TOSATO, *Il Sistema monetario europeo*, cit., p. 377 ss.; *Il Sistema monetario europeo nella prospettiva dell'unione monetaria*, cit., p. 42, anche per una più analitica ricostruzione del dibattito. Sul tema della natura degli accordi tra le banche centrali cfr. altresì; L.G. RADICATI DI BROZOLO, *Some Legal Aspects of the European Monetary System*, in *Riv. dir. int.*, 1980, p. 330 e ivi alle pp. 340 ss.; J.V. LOUIS, *Le fond européen de coopération monétaire*, in *Cah. Dr. Eur.*, 1973, p. 255 e ivi alle pp. 264 ss.

(93) Dallo SME lo SME2 riprende altresì il modello di funzionamento: l'adesione su base volontaria, la fissazione di parità secondo una procedura comunitaria, l'esistenza di bande di oscillazione intorno alle parità e la previsione di interventi delle banche centrali a loro difesa in caso di tensioni valutarie. Vi sono tuttavia importanti innovazioni riconducibili alla diversa funzione assegnata allo SME2 rispetto allo SME. Il primo, infatti, a differenza del secondo, è stato concepito come un sistema transitorio, in attesa e in vista del giorno in cui tutti gli Stati membri adotteranno la moneta unica. Segue che nell'ambito dello SME2 acquista maggior rilievo la convergenza dei fondamentali economici che concorrono a determinare il tasso di cambio verso quelli dell'area monetaria comune. In concreto, ciò si traduce in un ruolo centrale dell'euro e, in particolare, nella fissazione di parità tra l'euro e le altre valute aderenti al Sistema ma non anche di parità tra queste valute (c.d. sistema a raggiera). Sull'argomento cfr. F. SACCOMANNI, *op. cit.*, p. 10 ss., il quale parla di sistema « eurocentrico » in cui le monete *out* dovranno convergere

L'unione economica e monetaria ci offre altresì l'esempio di un caso in cui gli Stati membri, partecipanti e non, hanno ritenuto di regolamentare in maniera uniforme alcune fattispecie relative all'introduzione dell'euro, tenuto conto degli effetti che l'adozione della moneta unica avrebbe potuto avere sul mercato comune nel suo complesso. È questo il caso del regolamento n. 1103/97 (94), adottato sulla base dell'art. 235 (ora art. 308), anziché dell'apposita base giuridica stabilita dal Trattato (l'art. 123, par. 4) (95), alla luce sia dell'esigenza di definire talune regole prima dell'individuazione degli Stati membri senza deroga (i soli abilitati ad esprimere il proprio voto nel caso di riscorso all'art. 123) sia della circostanza che il regolamento in questione contiene disposizioni connesse al buon funzionamento, oltre che dell'unione monetaria, anche del mercato comune, dunque di un'area giuridica che comprende tutti gli Stati membri (96). Costituisce esempio di questione di interesse condiviso la conversione in euro degli strumenti giuridici denominati in valute di Stati membri partecipanti, assoggettata al c.d. principio di continuità (97). Poiché il problema della conversione si può porre anche in rela-

---

verso l'euro ma non viceversa. L'adesione al nuovo sistema monetario, che è su base volontaria, mantiene un suo rilievo nell'ambito della valutazione relativa all'ammissione all'unione monetaria dei paesi *out*, stante il richiamo operato dall'art. 122, par. 2, all'art. 121, par. 1. Segue che nello sforzo complessivo che ciascuno Stato membro con deroga deve compiere per apprestarsi ad adottare la moneta unica rientra anche l'adesione allo SME2, quando sussistano i presupposti economici per la sostenibilità della partecipazione a un sistema di cambio con l'area dell'euro.

(94) Regolamento (CE) n. 1103/97 del Consiglio del 17 giuggo 1997, relativo a talune disposizioni per l'introduzione dell'euro, in *GUCE*, 1997, L 162/1.

(95) A mente del quale alla data di inizio della terza fase, il Consiglio, deliberando all'unanimità degli Stati membri senza deroga, su proposta della Commissione e previa consultazione della BCE, prende le misure necessarie per la rapida introduzione dell'ecu (*rectius* dell'euro) come moneta unica di quegli Stati membri.

(96) Cfr. il 4° e il 5° considerando della motivazione.

(97) Sul quale cfr. G. CONTALDI, *op. cit.*, *passim*; G. CARRIERO, *I contratti in moneta unica: riflessi civilistici*, in *Foro it.*, 1997, V, c. 235, *passim*; U. DRAETTA, *L'euro e la continuità dei contratti in corso*, in *Dir. comm. int.*, 1997, p. 3, *passim*; A. GIARDINA, *L'euro: aspetti internazionalprivatistici*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1999, p. 789 e ivi alle pp. 792 ss.; B. INZITARI, *La disciplina giuridica dell'introduzione dell'euro quale moneta unica europea*, in *Banca e borsa*, 1998, I, p. 113 e ivi alle pp. 139 ss.; F. POCAR-A. MALATESTA, *Gli effetti dell'euro sui contratti internazionali*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1999, p. 201 e ivi alle pp. 209 ss.

zione a rapporti denominati in valute confluite nell'euro, ma assoggettati a ordinamenti di Stati membri che non adottano la moneta unica, esso investe il mercato comune nella sua interezza (98). Siamo in presenza di una circostanza in cui l'unione monetaria, limitata ad alcuni Stati membri, produce « esternalità » che si riflettono sul funzionamento del mercato comune: da qui la possibilità di adottare atti valevoli per la Comunità nel suo complesso.

La lezione dell'unione monetaria fornisce spunti anche in tema di rapporti tra una cooperazione rafforzata e gli Stati membri non partecipanti. Essi potranno essere regolati attraverso un atto normativo valevole per tutti gli Stati membri, qualora si tratti di disciplinare in maniera uniforme aspetti di comune interesse, la cui regolamentazione è resa necessaria proprio dall'esistenza della cooperazione rafforzata, ovvero, in mancanza di base giuridica, attraverso un accordo tra i paesi non partecipanti e la Comunità, eventualmente nella cornice di orientamenti maturati in sede di Consiglio europeo.

9. Numerosi commentatori hanno lamentato lo scarso coinvolgimento del Parlamento europeo nei meccanismi istituzionali che presiedono all'unione economica e monetaria (99).

---

(98) Si pensi al caso di obbligazioni denominate in una valuta confluita nell'euro emesse da una banca avente sede in uno Stato membro non partecipante e assoggettate alla normativa di quest'ultimo. Il problema della legge regolatrice della conversione non si pone tanto per gli aspetti strettamente monetari, assoggettati alla *lex monetae*, quanto per quelli che incidono sul rapporto giuridico (e in questa categoria, secondo alcuni, rientrerebbe il principio di continuità degli strumenti giuridici; così G. CONTALDI, *op. cit.*, p. 437; *contra* U. DRAETTA, *op. ult. cit.*, pp. 11-12; B. INZITARI, *op. cit.*, p. 142 ss.), regolati dalla *lex causae*, la quale può essere di paesi che non hanno adottato la moneta unica ovvero di Paesi extracomunitari.

(99) Cfr., tra gli altri, R. GOEBEL, *L'unione economica e monetaria*, in AA.VV., *L'unione europea*, Bologna, 1998, p. 470 e ivi alle pp. 473-474. Per un'esposizione della tesi secondo la quale le norme sull'unione economica e monetaria avrebbero indotto a livello comunitario e, soprattutto, nazionale una sensibile ridistribuzione di potere tra ramo esecutivo e Parlamento, a tutto vantaggio del primo, cfr. F. SORRENTINO, *La Costituzione italiana di fronte al processo di integrazione europea*, in *Quad. cost.*, 1993, p. 71 e ivi alle pp. 110 ss.; H. HERDEGEN, *Price Stability and Budgetary Restraints in the European Monetary Union: the Law as Guardian of Economic Wisdom*, in *C.M.L. Rev.*, 1998, p. 9 e ivi a p. 32. Più radical-

Invero, il Parlamento viene semplicemente *informato* degli indirizzi di massima di politica economica elaborati dal Consiglio ai sensi dell'art. 99; del pari, il suo ruolo è alquanto limitato in materia di disavanzi pubblici eccessivi, essendone prevista soltanto una funzione consultiva — obbligatoria ma non vincolante — ai fini dell'adozione di disposizioni sostitutive o attuative dell'apposito protocollo (art. 104, par. 14, in base al quale, come si è visto, è stato adottato uno dei regolamenti che compongono il Patto di stabilità). In campo monetario, il Parlamento europeo, oltre ad essere consultato ed informato su taluni aspetti della politica di cambio da parte del Consiglio (art. 111) nonché per l'adozione di atti normativi (cfr. ad esempio gli artt. 105, par. 6, e 107), partecipa al « controllo politico » sull'operato della BCE attraverso un parere sui nominativi designati dai Governi nazionali per formare il Comitato esecutivo (art. 112, par. 2, lett. *b*) e con un dibattito generale sulla relazione annuale della banca centrale.

Ad un attento esame, il ruolo del Parlamento europeo appare più sacrificato sul versante della politica economica piuttosto che su quello della politica monetaria. Ciò che veramente colpisce è infatti la sua marginalizzazione nel procedimento che conduce all'adozione di indirizzi di massima di politica economica; il suo timido coinvolgimento nelle questioni monetarie è invece più che altro il necessario portato della scelta di attribuire la determinazione e l'attuazione della politica monetaria ad un soggetto, quale la BCE, di cui si è voluta garantire la massima autonomia decisionale ed operativa.

E proprio con riguardo a questo secondo settore il Parlamento europeo non si è lasciato sfuggire l'occasione di valorizzare il proprio ruolo; nella sua risoluzione del 2 aprile 1998 (100) sulla *Responsabilità democratica nella terza fase dell'UEM* ha sostenuto che « dovendo il... SEBC e la... BCE condurre un'unica

---

mente, ritiene che il quadro complessivo dell'ordinamento comunitario conseguito all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht induca mutamenti degli equilibri istituzionali e degli indirizzi politici di fondo tali da incidere sulla forma di governo, G. BUCCI, *Implicazioni dei rapporti tra ordinamento giuridico italiano e ordinamento comunitario sul ruolo della Banca d'Italia*, in *Riv. ital. dir. pubbl. comunitario*, 1998, p. 93 e ivi alle pp. 95 ss.

(100) In *GUCE*, 1998, C 138/177.

politica monetaria per tutti gli Stati membri che partecipano all'unione monetaria europea, la responsabilità democratica deve essere ugualmente esercitata a livello europeo e..., in quanto unica istituzione direttamente eletta a questo livello, (il) Parlamento è particolarmente idoneo a chiedere conto alla BCE » (punto 5). Conseguentemente, ha avanzato una serie di richieste, tra le quali rientrano « l'organizzazione di un dialogo tra il Parlamento e la... BCE su problemi economici e monetari, il cui quadro dovrebbe essere confermato attraverso un accordo reciproco » (punto 7); la trasparenza delle decisioni e degli indirizzi seguiti dalla BCE (punti 8 e 9); l'indicazione delle questioni da trattare nella relazione annuale della BCE (punto 13).

Il Parlamento europeo ha inoltre dichiarato la propria intenzione di « valutare i risultati della BCE in relazione ad una serie di indici in materia di tasso di crescita dei prezzi al consumo al di sotto e al di sopra dell'obiettivo fissato dalla BCE » (punto 10) e di « convocare riunioni trimestrali sui recenti sviluppi economici e monetari con il Presidente e/o altri membri del consiglio direttivo » (punto 11). Infine, ha invitato « i governi degli Stati membri a non nominare candidati (al Comitato esecutivo; *n.d.a.*) che non hanno l'approvazione (del) Parlamento ».

Successivamente, nella risoluzione adottata il 26 ottobre 1999 sulla Relazione della BCE per il 1998, il Parlamento europeo è tornato sul tema dell'*accountability* e della trasparenza della banca centrale, dichiarando, tra le altre cose, di deplorare « che la BCE non segua i criteri di trasparenza adottati da altre importanti banche centrali » e chiedendo che « vengano pubblicati verbali succinti delle riunioni del Consiglio di amministrazione della BCE subito dopo la riunione successiva, facendo esplicitamente riferimento alle argomentazioni pro e contro le decisioni adottate nonché alla logica su cui si sono basate tali decisioni » (punto 7). Nella medesima risoluzione il Parlamento è entrato anche nel merito di alcune questioni, prendendo posizione su decisioni di politica monetaria della BCE (punti 13 e 14) nonché sulla « notizia che alcuni membri del Consiglio avrebbero proposto un limite alla discrezionalità della BCE nel perseguire la stabilità dei prezzi sollevando la possibilità di stabilire orientamenti generali per la politica dei tassi di cambio oppure di aderire a un sistema ufficiale di tassi di cambio ».

Risulta evidente dalle norme del Trattato e dal tenore della risoluzione come il ruolo del Parlamento europeo non sia assolutamente secondario nell'ambito della politica monetaria. Anzi, si può affermare che esso contribuisce a colmare gran parte di quel vuoto democratico che secondo molti (101) contornerebbe la BCE. *Rebus sic stantibus*, colpisce che una funzione tanto importante sia affidata ad un'istituzione che è espressione anche di paesi che non hanno adottato la moneta unica, in alcuni casi per propria scelta (si pensi che su 626 deputati attualmente 125, quasi un quinto, provengono da Stati membri non partecipanti). Non può ad esempio non fare riflettere che deputati britannici — eletti in uno Stato membro che non ha condiviso l'obiettivo della moneta unica fino al punto di riservarsi una decisione *ad nutum* sulla propria partecipazione — votino sul parere da fornire in merito ai candidati al Comitato esecutivo ovvero in sede di valutazione dell'operato della BCE (102).

Vi è invero uno scollamento tra la composizione del Parlamento europeo, invariata rispetto a quella ordinaria, e le articolate posizioni degli Stati membri nei confronti dell'unione economica e monetaria. Lo scollamento è poi particolarmente vistoso in quanto al momento della firma del Trattato di Maastricht non costituiva una scelta obbligata. Ed infatti, l'art. 189 TCE, che definisce il Parlamento europeo come l'istituzione composta dai « rappresentanti dei popoli degli Stati membri riuniti nella Comunità », potrebbe essere interpretato nel senso che i deputati rappresentano pur sempre i popoli che li hanno espressi, non già la popolazione dell'Unione nel suo complesso. Tecnicamente, dunque, non sarebbe stato impossibile riservare ai soli rappresentanti dei popoli che adottano l'euro il diritto di voto nelle questioni monetarie, perlomeno in quelle che concorrono alla determinazione di indirizzi ovvero che attengono al controllo politico sull'operato della BCE. La scelta è stata invece di non

(101) Cfr., tra i tanti, L. GORMLEY-J. DE HANN, *The Democratic Deficit of the European Central Bank*, in *E.L. Rev.*, 1996, p. 95, *passim*.

(102) È interessante osservare a tale proposito che il relatore designato dalla Commissione per i problemi economici e monetari del Parlamento europeo per l'esame della Relazione annuale della BCE per il 1998 è stato il deputato britannico C. Huhn.

incidere sulla composizione del Parlamento, preservandone l'unità (103).

Va peraltro ricordato come la stessa interpretazione dell'art. 189 non sia affatto pacifica. Taluni hanno inteso l'inciso « rappresentanti dei popoli » nel senso che il Trattato vorrebbe negare al Parlamento europeo il ruolo di istituzione rappresentativa di un'unica collettività, di luogo politico in cui l'unità di un gruppo è in grado di esprimersi; ciò si ricaverebbe anche dalla mancanza di sistemi elettorali uniformi e, su un piano sociologico, dall'inesistenza di un sostrato economicamente e politicamente omogeneo (104). Altri hanno invece proposto una lettura diversa dell'art. 189, in virtù della quale la rappresentanza dei *popoli* riguarderebbe l'elezione dei deputati su base nazionale, senza influire sulla natura del mandato e dell'istituzione; essa, in altre parole, vorrebbe delimitare niente più delle circoscrizioni elettorali. A sostegno di questa tesi si adduce il significato dell'elezione a suffragio diretto e la circostanza che, in mancanza di un sostrato socio-economico omogeneo, una determinata collet-

---

(103) Nel medesimo senso muoveva il Protocollo sulla politica sociale introdotto dal Trattato di Maastricht.

(104) Per una ricostruzione analitica di queste posizioni, cfr., E. GRABITZ-T. LÄUFER, *Das Europäische Parlament*, Bonn 1980, pp. 368-369. Sul concetto di « popolo » con riferimento al processo di integrazione europea, cfr. G.F. MANCINI, *Europe: The Case for Statehood*, in *Jean Monnet Working Paper*, no. 6/98, *http://www.law.harvard.edu/Programs/JeanMonnet/papers/95/9806*; J.H.H. WEILER-V. HALTERN-F. MAYER, *European Democracy and Its Critique - Five Uneasy Pieces*, in *Jean Monnet Working Paper*, no. 1/95, *http://www.law.harvard.edu/Programs/JeanMonnet/papers/95/9501*, i quali ultimi sostengono la coesistenza di un *demos* europeo, il cui fattore di identificazione consisterebbe nell'insieme dei valori posti alla base dei trattati, e di un *demos* nazionale, di matrice etno-culturale. In entrambi gli scritti viene criticata la nozione di « popolo » — basata sul legame « spirituale, sociale, politico » (*geistig, sozial, politisch*) e sulla possibilità di un'efficace comunicazione — che la decisione del *Bundeverfassungsgericht* sul Trattato di Maastricht ritiene essere un imprescindibile presupposto della democrazia (sentenza del 12 ottobre 1993, in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 89, II, p. 155, in particolare alle pp. 182 ss.). Su questo aspetto della sentenza cfr. altresì H.-J. CREMER, *Das Demokratieprinzip auf nationaler und europäischer Ebene im Lichte des Maastricht-Urteils des Bundesverfassungsgerichts*, in *Europarecht*, 1995, p. 21 e ivi alle pp. 33 ss.; M. KUMM, *Who is the final arbiter of constitutionality in Europe?: Three conceptions of the relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice*, in *C.M.L. Rev.*, 1999, p. 351 e ivi alle pp. 363 ss.

tività può darsi un corpo rappresentativo unitario proprio con il compito di lavorare per l'integrazione delle sue diverse componenti (105). Sul piano pratico quest'ultima interpretazione avrebbe la conseguenza di connotare il mandato rappresentativo nel senso che « nella determinazione della propria volontà i parlamentari europei si devono orientare all'interesse complessivo della Comunità » (106), ossia alla realizzazione dell'interesse nazionale attraverso la costruzione delle *fondamenta di un'unione sempre più stretta tra i popoli europei*, secondo la dicitura del preambolo al TCE (107)-(108).

Qualora prevalesse questa interpretazione dell'art. 189, dunque, non dovrebbe stupire la soluzione adottata nel Trattato di Maastricht, che, preservando l'indivisibilità del Parlamento europeo nell'ambito dell'unione economica e monetaria e del Protocollo sulla politica sociale, confermerebbe il ruolo di rappresentanza unitaria dell'istituzione e la connotazione in chiave *europea* (e solo subordinatamente *nazionale*) del mandato rappresentativo dei deputati.

Ciò nonostante, il problema della composizione del Parlamento europeo venne riproposto nell'ambito dei lavori della Conferenza intergovernativa che hanno condotto al Trattato di Amsterdam, in relazione alla disciplina sulle cooperazioni rafforzate (109). Alla fine, comunque, prevalse la volontà di non assoggettare l'Assemblea ad un regime analogo a quello del Consi-

---

(105) E. GRABITZ-T. LÄUFER, *op. cit.*, p. 367 ss.

(106) *Ivi*, p. 369; *T.d.A.*

(107) Questa natura particolare del mandato del deputato europeo rifletterebbe la doppia appartenenza ai *demoi* europeo e nazionale (sui quali cfr. la nota n. 104) e trasporrebbe sul piano istituzionale il concetto ad essa consequenziale di « doppia lealtà » (*double loyalty*), sul quale cfr. J.H.H. WEILER V.-HALTERN-F. MAYER, *op. cit.*, p. 50.

(108) Questa interpretazione del significato della rappresentanza presuppone evidentemente in capo al deputato europeo la libertà da istruzioni vincolanti nell'espressione del voto nonché la mancanza di un mandato imperativo, che sono garantiti dall'art. 4 della decisione del Consiglio 76/787/CEE-CECA-Euratom del 20 settembre 1976 (*Atto relativo all'elezione dei rappresentanti del Parlamento europeo a suffragio universale diretto*), in *GUCE*, 1976, L 278/1.

(109) In particolare, una posizione informale espressa dai Paesi Bassi (richiamata nella risoluzione del Parlamento europeo citata alla nota n. 29) sosteneva che nell'ambito delle cooperazioni rafforzate il Parlamento dovesse votare in una composizione limitata.

glio, nel quale il diritto di voto è riconosciuto ai soli rappresentanti degli Stati partecipanti ad una cooperazione rafforzata. Questa soluzione, che ribadisce l'orientamento già assunto per l'unione economica e monetaria e nel Protocollo sulla politica sociale, comporta che il Trattato di Amsterdam, disciplinando le cooperazioni rafforzate, non detti alcuna disposizione speciale sul Parlamento europeo, così implicitamente ammettendo che esso operi nella sua composizione plenaria. La ragione di tale scelta è probabilmente quella espressa nella proposta avanzata dal Governo italiano sulla flessibilità (110) nella quale è dato leggere che « Parlamento Europeo, Commissione e Corte di giustizia opererebbero... nella loro interezza in conseguenza del carattere peculiare di queste istituzioni depositarie e garanti dell'interesse comune ». Nello stesso modo il medesimo Parlamento europeo ha dichiarato di intendere la propria posizione istituzionale: in una risoluzione sulla Conferenza intergovernativa del 13 marzo 1997 (111) esso ha infatti affermato di avere un carattere indivisibile « in quanto istituzione rappresentativa di tutti i cittadini dell'Unione ».

Al pari dell'operato della Commissione e della Corte di giustizia, dunque, quello del Parlamento europeo dovrebbe contribuire a costruire l'equilibrio su cui si dovranno reggere le cooperazioni rafforzate, collocate tra il carattere comunitario dell'azione e il coinvolgimento limitato degli Stati membri. In questo contesto, al Consiglio è attribuita la funzione di riflettere la partecipazione ristretta degli Stati membri alla cooperazione rafforzata, mentre al Parlamento europeo e alla Commissione spetta preservare la natura comunitaria dell'iniziativa. Così, questi ultimi avranno il compito di prevenire interferenze tra la cooperazione rafforzata e altre politiche della Comunità oppure, nei procedimenti legislativi, di esprimere un punto di vista che tenga conto delle esigenze dei paesi non partecipanti, i quali, quando desidereranno aderire, si troveranno a dover accettare come fatto compiuto le decisioni già assunte (art. 43, par. 1, lett. *g*), TUE) (112).

---

(110) Già citata alla nota n. 29.

(111) Per gli estremi cfr. la nota n. 29.

(112) Sul punto cfr. J. SHAW, *op. cit.*, p. 72, il quale, con riguardo al coinvolgimento del Parlamento europeo nelle cooperazioni rafforzate, afferma che

Sul piano sistematico tutto ciò non è privo di risvolti, poiché, sulla scia di quanto è già avvenuto con il Trattato di Maastricht, contribuisce a confermare l'interpretazione dell'art. 189 TCE nel senso dell'unità del Parlamento al suo interno.

Concludendo, il diverso atteggiamento della disciplina sulle cooperazioni rafforzate nei confronti del Consiglio e del Parlamento europeo consolida, trasponendolo nel diritto generale, un orientamento già fatto proprio, in settori specifici, dal Trattato di Maastricht, che comporta la divisibilità del primo e l'indivisibilità del secondo. Nell'ambito di iniziative che vedono l'adesione di alcuni Stati membri soltanto, alle votazioni del Consiglio prendono parte esclusivamente i rappresentanti dei paesi partecipanti mentre a quelle del Parlamento concorrono anche i rappresentanti espressi dai paesi rimasti estranei all'iniziativa. Questa disparità non può che costituire l'indice di una diversa rilevanza del rapporto di rappresentanza: nell'un caso è particolarmente avvertita la dimensione nazionale degli interessi di cui sono portatori i componenti l'organo deliberativo, nell'altro acquista invece rilievo la rappresentanza di interessi obiettivi dell'Unione e di tutti i suoi cittadini, a prescindere dal paese di provenienza.

10. Nel corso di questo scritto ci si è soffermati su alcuni casi di interazione tra la disciplina dell'unione economica e monetaria e quella delle cooperazioni rafforzate. Una conclusione che può essere tratta dalle riflessioni svolte è che i due corpi normativi presi in considerazione sembrano ispirati da logiche comparabili e informati a principi spesso omogenei. È dunque possibile ritenere attenuati (anche se non definitivamente superati) i motivi per i quali, all'indomani della firma del Trattato di Maastricht, si ritenne l'unione economica e monetaria un corpo estraneo inserito con leggerezza nell'impianto istituzionale della Comunità; la normativa in materia di cooperazioni rafforzate introduce infatti una paradigma generale, che rende le iniziative cui partecipi un numero ristretto di Stati membri uno dei pos-

---

« *presumably it is intended to give the European Parliament scope to debate and to question the general direction of any closer cooperation which does occur* ».

sibili strumenti di flessibilità per promuovere l'integrazione europea.

Rimane il fatto che i trattati non svolgono alcun raccordo tra le due discipline, nonostante il rapporto di genere a specie che le lega, ed è pertanto auspicabile che una futura riforma coordini le disposizioni sull'unione economica e monetaria che regolano la posizione degli Stati membri che non adottano la moneta unica con quelle sulle cooperazioni rafforzate. Una simile operazione sarebbe innanzitutto conforme ai *desiderata*, espressi da più parti, di rendere il diritto primario della Comunità di agevole lettura; permetterebbe inoltre di razionalizzare la normativa sull'unione economica e monetaria sotto il profilo della terminologia impiegata e, ove opportuno, delle procedure e delle categorie giuridiche. Emergerebbe così in modo chiaro ciò che in quella è conforme al diritto generale della Comunità e ciò che costituisce regola eccezionale, necessaria alla luce delle specifiche esigenze della materia.

A nostro avviso, una simile opera di coordinamento, riducendo la disciplina dell'unione economica e monetaria a categorie divenute oramai generali del diritto comunitario, contribuirebbe, oltre che a fare chiarezza sul quadro normativo complessivo dell'Unione, anche a lenire quel senso di « disagio » spesso manifestato, non solo dai giuristi, nei confronti dell'impianto regolamentare che disciplina l'introduzione della moneta unica. Tale risultato sarebbe quanto mai auspicabile, considerato che — con il prossimo accesso di nuovi Stati membri — la regolamentazione *transitoria* sull'unione economica e monetaria non è destinata ad esaurire la sua efficacia in tempi brevi.

XI.

SULL'EFFICACIA OBBLIGATORIA DELL'ACCORDO-QUADRO

DI

ALESSANDRA BASSU

Ricercatore nell'Università di Sassari

SOMMARIO: 1. Finalità e contenuto dell'indagine. — 2. Ricostruzione delle posizioni della dottrina in tema di accordi-quadro, con particolare riferimento alla questione dell'obbligatorietà dell'accordo medesimo. — 3. L'obbligatorietà dell'accordo preliminare: analogie con l'accordo-quadro. — 4. (*Segue*): l'accordo-quadro visto con riferimento ai Trattati istitutivi di organizzazioni internazionali. — 5. L'obbligatorietà dell'accordo-quadro alla luce della distinzione tra atti giuridici vincolanti e atti privi di efficacia obbligatoria. — 6. La prassi internazionale e l'obbligatorietà dell'accordo-quadro. — 7. (*Segue*): la prassi internazionale in tema di « accordi di esecuzione ». — 8. L'accordo-quadro come atto avente efficacia obbligatoria.

1. Parlare di accordo-quadro significa evocare, nell'ambito della problematica sul diritto dei trattati, una figura particolare di trattato, generalmente multilaterale, che merita una maggiore attenzione rispetto a quella manifestata, fino ad oggi, da parte della dottrina.

Benché di accordo-quadro si parli fin dagli inizi del secolo XIX (1), gli autori che si sono occupati dei trattati internazionali hanno riservato un limitato interesse a tale figura di accordo, isolandolo dal contesto generale del diritto dei trattati.

Va ricordato a questo riguardo come la scienza internazionalistica abbia dedicato ampio spazio ai trattati internazionali, facendone oggetto di studi i quali, per varietà ed ampiezza, offrono un quadro di insieme piuttosto eterogeneo (2). In particolare, la dottrina si è soffermata sul tema della classificazione dei trattati internazionali, sulla base dei seguenti criteri *a*) la natura delle intese (3); *b*) la portata giuridica delle norme poste dai trat-

---

(1) V. FLEISCHMANN, *Staatsverträge*, in *Stengel-Feischmanns, Wörterbuch des Deutschen Staats-und Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1914, III, p. 501.

(2) Per la dottrina v. *infra*, note n. 4; 5; 6; 7; 8; 9.

(3) Riguardo al primo punto, viene in rilievo la distinzione tra trattati politici ed altri accordi. Rientrerebbero nella prima categoria quegli accordi che tendono a contemperare interessi di carattere generale ed a promuovere una cooperazione intesa su un piano squisitamente politico. Nei trattati non politici vanno ricompresi tutti quegli accordi, che pur avendo rilevanza politica, tendono a regola-

tati (4); *c*) il numero dei partecipanti alla stipulazione dell'accordo (5); *d*) le parti contraenti (6); *e*) il loro grado di strumentali-

---

re materie di natura principalmente tecnica. V. in proposito MARESCA, *Il diritto dei trattati*, Milano, 1971, p. 84 ss.; BALLADORE PALLIERI, *Trattati politici*, in *Enciclopedia Italiana*, vol. XXXIV, p. 225 ss. Altra distinzione da ricordare a questo riguardo è quella tra trattati conclusi in tempo di pace e trattati conclusi in tempo di guerra. In merito v. DE LA PRADELLE, *La Conférence diplomatique et les Conventions de Genève du 12 Aout 1949*, Paris, 1951, p. 32 ss.; MARESCA, *La protezione internazionale dei combattenti e dei civili*, Milano, 1965, p. 74 ss.; BALLADORE PALLIERI, *Diritto bellico*, Padova, 1954; CANSACCHI, *Nozioni di diritto internazionale bellico*, 3ª ed., Torino, 1957, p. 30 ss.; MONACO, *Les Conventions entre belligérants*, in *Recueil des Cours*, 1949, II, p. 277 ss.; SERENI, *Diritto internazionale*, vol. IV, Milano, 1956-62, p. 1815 ss.

(4) In considerazione della portata giuridica dei trattati è stata prospettata la differenziazione tra i trattati rivolti a regolare tra le parti contraenti scambi di prestazioni di natura ed entità diverse, intese ad assicurare utilità reciproche, ed i trattati che pongono in essere regole di carattere generale, applicabili, come tali, a gruppi di Stati o alla maggior parte degli Stati della comunità internazionale. I primi, secondo una terminologia in un primo tempo accolta e poi respinta dalla dottrina, sarebbero i trattati-contratto ed i secondi i c.d. trattati-legge. Sul punto v. CAVARÉ, *Le droit international public positif*, Paris, 1967-70, p. 54 ss. e p. 111 ss.; SCELLE, *Droit International Public*, Paris, 1948, p. 404 e p. 469 ss., e p. 485; STRUPP, *Règles générales du droit de la paix*, in *Recueil des Cours*, 1934, I, p. 324 ss.; KRAUS, *Système et fonctions des traités internationaux*, in *Recueil des Cours*, 1934, IV, p. 317 ss. Da ultimo v. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 1999, pp. 62-63.

(5) Al riguardo è stata delineata la suddivisione tra trattati bilaterali, parti contraenti dei quali sono due Stati e plurilaterali o multilaterali dei quali sono partecipi più Stati. V. MC NAIR, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961, p. 20 ss.; O'CONNELL, *International Law*, vol. I, London, 1970, p. 223 ss.; REUTER, *Droit international public*, Paris, 1976, p. 46 ss.; ROUSSEAU, *Droit international public*, Paris, 1970-83, p. 24 ss.

(6) In questa categoria sono stati menzionati i trattati conclusi tra Stati e quelli stipulati da soggetti di diritto internazionale diversi dagli Stati, quali la Santa Sede, le Organizzazioni internazionali, il Sovrano ordine di Malta e gli insorti. Per quanto riguardo quest'ultimi, mentre la dottrina tradizionale tendeva a limitare la soggettività del governo insurrezionale subordinandola al riconoscimento da parte degli Stati terzi ed a circoscriverla alle norme del diritto internazionale di guerra, la soggettività non può negarsi quando essi riescono a costituire, nel corso della guerra civile, un'organizzazione di governo che controlla effettivamente una parte del territorio. In proposito v. CASSESE, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Bologna, 1984, p. 104 ss.

tà (7); *f)* la loro durata nel tempo (8) ed infine *g)* la forma che i trattati possono rivestire.

Né sono mancati, da parte della dottrina (9), approfonditi studi anche di carattere monografico, dedicati a particolari figure di accordi: il trattato segreto, l'accordo preliminare, il trattato-legge e il trattato-contratto risultano gli accordi con maggiore attenzione analizzati.

In netto contrasto con gli sviluppi qui rilevati appare l'orientamento fin qui seguito dalla dottrina internazionalistica nei riguardi della figura dell'accordo-quadro. Più che di trattazioni approfondite si dovrebbe parlare, nel complesso, di sporadici cenni a questo tipo di accordo; il più delle volte, è con riferimento ad un determinato accordo che la nozione in parola è ri-

---

(7) Sulla scorta di tale criterio, sono da ricordare gli accordi preliminari (v. più ampiamente par. 3), che contengono il più limitato impegno a istituire negoziati o a stipulare trattati futuri, gli accordi organici che tendono a dare una completa disciplina giuridica alla materia da regolare e gli accordi supplementari conclusi contestualmente o successivamente all'accordo principale per precisare alcuni aspetti. Si vedano in dottrina MC NAIR, *op. cit.*, p. 27 ss.; OPPENHEIM-LAUTERPACHT, *International Law*, vol. I, London, 1955, p. 802; MARESCA, *Il procedimento protocollare internazionale*, vol. II, Milano, 1969, p. 722; FOIS, *L'accordo preliminare nel diritto internazionale*, Milano, 1974.

(8) Al riguardo i trattati sono stati suddivisi in trattati a termine, denunciabili e prorogabili. V. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Padova, 1964; MARESCA, *Denunzia dei trattati internazionali*, in *Dizionario Enciclopedico Italiano*, vol. III, p. 835.

(9) L'impressione che si ricava è che la dottrina continui a vedere per lo più nell'accordo-quadro un accordo di limitato interesse dal punto di vista giuridico, una figura dai contorni ben definiti da non richiedere, in sede dottrinale, analisi particolarmente approfondite.

Non è chiaro, però, da quali elementi gli autori traggano un simile convincimento. Non certo dalla prassi che, come vedremo, dà indicazioni in senso decisamente opposto.

Un ulteriore elemento in base al quale si può spiegare l'atteggiamento della dottrina suindicata potrebbe attenere alla circostanza che l'espressione accordo-quadro evocherebbe la figura della legge quadro spesso ricorrente negli ordinamenti interni. Il concetto relativamente scontato della legge quadro nell'ambito del diritto statale, può indurre a ritenere utilizzabili, in materia di trattati, regole e concetti di tale diritto senza verificare se ed in quale misura possa essere accettabile una meccanica trasposizione di un concetto dal piano interno al piano internazionale. È lecito, quindi, chiedersi se questo scarso interesse sia veramente giustificato o se esso non nasca piuttosto dalla convinzione — tutta da verificare — che si rivela quasi superfluo procedere ad ulteriori approfondimenti in tema di diritto dei trattati.

chiamata, allo scopo appunto di qualificare come accordo-quadro l'atto in questione.

La rilevata mancanza di studi approfonditi circa la figura dell'accordo-quadro induce ad avviare, nelle pagine che seguono, una ricerca volta a colmare lacune che, a ben vedere, non si rivelano giustificate. Soprattutto, tale ricerca si sforzerà di mettere a fuoco la questione che, nella generale tematica del trattato internazionale, così come nello specifico ambito dell'accordo-quadro, riveste un'importanza del tutto speciale: se, cioè, attraverso un accordo siffatto si dia vita a semplici intese, ovvero se lo stesso sia suscettibile di avere effetti obbligatori.

In tale ottica, un particolare risalto verrà riservato ad una prassi internazionale oltremodo ampia e diversificata, che in merito alla questione qui considerata, offre, ci pare, indicazioni estremamente preziose.

2. La carenza di scritti sul tema della natura giuridica dell'accordo-quadro e della sua efficacia obbligatoria non esclude che non si possa, tra le righe di affermazioni fatte con riferimento a determinati accordi quadro, ricostruire le posizioni di un certo numero di studiosi a tale riguardo.

Come si avrà cura di precisare nel corso del presente lavoro, alcuni autori affermano che l'accordo-quadro è un trattato il cui unico scopo è quello di dar vita a delle norme di principio (10), altri che l'accordo in questione ha, invece, il fine di creare un quadro istituzionale nel quale dovranno essere inserite le norme di attuazione (11), mentre altri ancora fanno leva su un dato formale, affermando che l'accordo-quadro è un sistema dove è dato riscontrare, collateralmente ad una convenzione principale, protocolli e accordi complementari (12).

Il primo autore ad essersi occupato dell'accordo-quadro è, come già ricordato, il Fleischmann (13). In uno studio pubblicato nel 1914, questi definiva le convenzioni adottate in seno alla I Conferenza dell'Aja del 20 luglio del 1899 come accordi-quadro.

---

(10) V. *infra*, p. 531.
(11) V. *infra*, p. 531.
(12) V. *infra*, p. 532.
(13) V. FLEISCHMANN, *op. cit.*, p. 501.

Stupisce il fatto che, nell'assenza di precedenti riferimenti a questa figura, l'autore in discorso si sia limitato ad utilizzarla senza precisare quale, a suo giudizio, dovesse essere il significato da attribuire a tale espressione. Probabilmente, utilizzando la stessa si è voluto fare riferimento a convenzioni che hanno enunciato principi generali, già sentiti dalla comunità internazionale in quanto tali, o hanno codificato importanti branche del diritto internazionale bellico. È anche possibile che ci si sia limitati ad attribuirgli un valore ed un significato diversi da quelli di un comune trattato.

Appare, tuttavia, più verosimile che il ricorso al termine « quadro », non sia stata una scelta casuale, ma un modo per dare una precisa connotazione alle convenzioni del 1899. È possibile cioè che l'A. intendesse sottolineare la circostanza che le convenzioni in parola non fossero suscettibili di immediata applicazione, ma avessero necessità di ulteriori atti di integrazione. Un'interpretazione, quest'ultima, che trova fondamento nell'interpretazione del Kraus, secondo cui il Fleischmann « emploie l'heureuse expression de traités de cadre (Rahmenverträge) à l'égard des traités qui ont besoin d'un supplément » (14).

Più di recente, facendo riferimento ad accordi multilaterali conclusi in diversi campi della cooperazione tra Stati (15), altri autori si limitano ad affermare che l'accordo-quadro sarebbe un

---

(14) V. KRAUS, *op. cit.*, p. 367, nota 1.

(15) In materia di accordo-quadro, possiamo ricordare in primo luogo quello relativo al Trattato sulla non proliferazione delle armi nucleari, aperto alla firma il 1 luglio 1968. Sebbene tale trattato contenga norme di per sé idonee a far sorgere diritti ed obblighi in capo agli Stati contraenti sarebbe possibile considerarlo un accordo-quadro in quanto contempla la negoziazione e la stipulazione di ulteriori accordi che gli Stati dovranno stipulare con l'Agenzia internazionale per l'energia atomica (A.I.E.A.) e con gli altri Stati. Su questo punto v. MOSCONI, *Il Trattato sulla non proliferazione nucleare*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. XIII, Milano, 1969, p. 252 ss. e p. 151 ss.

Nell'ambito della cooperazione tra Stati, la Convenzione-quadro sulla cooperazione transfrontaliera del 21 maggio 1980, è quella che ha suscitato il maggior interesse da parte della dottrina, anche se non per l'aspetto che qui interessa. Che si tratti di un accordo-quadro è di tutta evidenza, in considerazione, come vedremo meglio in seguito, sia della sua stessa denominazione, sia della formulazione degli articoli, che lascia un ampio margine di discrezionalità a coloro a cui è demandato il compito di attuare le norme in essi contenute attraverso lo strumento dell'accordo. V. in proposito, DUPUY, *La coopération régionale transfrontalière et le droit international*, in *Annuaire français de droit international*, 1977, p. 837 ss.; CA-

atto che ha lo scopo non di stabilire le norme di fondo, ma di fissare un quadro istituzionale nel quale dovranno essere poste in essere tali norme (16).

LAMIA, *Sul ruolo degli enti territoriali minori in materia internazionale: la Convenzione sulla cooperazione transfontaliera del 21 maggio 1980*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1981, p. 878 ss.; DECAUX, *La Convention-cadre européenne sur la coopération transfrontalière des collectivités ou des autorités locales*, in *Revue générale de droit international public*, 1984, p. 592 ss.; CONDORELLI-SALERNO, *Le relazioni transfrontaliere tra le comunità locali in Europa nel diritto internazionale ed europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1986, p. 381 ss.; *La cooperazione transfrontaliera nel Mediterraneo. Aspetti giuridici e politici* (a cura di Fois-Ponzeveroni-Bassu). Atti del Convegno di Studi organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza di Sassari, 1991.

Con riferimento a convenzioni concluse in altri ambiti v. SISTO, *La convenzione di Barcellona del 1976 sulla protezione del Mediterraneo contro l'inquinamento*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1980, p. 355 ss.; CAUBET, *Le Traité de coopération amazonienne: régionalisation et développement de l'Amazonie*, in *Annuaire français de droit international*, 1984, p. 803 ss.; FRANCIONI, *La Convenzione di Wellington sulle risorse minerarie antartiche*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1989, p. 26; PINESCHI, *La Convenzione sul controllo dei movimenti transfrontalieri e il deposito di rifiuti pericolosi (Basilea, 22 marzo 1989)*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1989, p. 605 ss.; ROCHE, *Le Traité START*, in *Annuaire français de droit international*, 1991, p. 315 ss.; PALMER, *New Ways to Make International Environment Law*, in *American Journal of International Law*, 1992, p. 259 ss.; LANG-SCHALLY, *La Convention cadre sur les changements climatiques*, in *Revue générale de droit international public*, 1993, p. 321 ss.; MARCELLI, *Gli accordi tra Israele e OLP nel diritto internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1994, p. 431 ss.; GUARINO, *La questione della Palestina nel diritto internazionale*, Torino, 1994, pp. 437-448; MANZINI, *I principi di diritto internazionale dell'ambiente nella convenzione-quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (New York, 9 maggio 1992)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1995, p. 447 ss.; SCIARRA, *Convenzione di Basilea sul controllo dei movimenti transfrontalieri di rifiuti pericolosi e della loro eliminazione (22 marzo 1989), ivi*, p. 441 ss.; ROHMER, *La Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales*, in *European Journal of International Law*, 1995, p. 573 ss.; BOYLE, *The Rio Convention on Biological Diversity*, in BOWMAN-REDGWELL (a cura di), *International Law and the Conservation of Biology Diversity*, London-The Hague-Boston, 1996, p. 33 ss.; CUTILLO FAGIOLI, *La Convenzione di Berna del 1979: un esempio di cooperazione tra una pluralità di interlocutori per la conservazione della diversità biologica*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1997, p. 151 ss.; CAFLISH, *La Convention du mai 1997 sur l'utilization des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation*, in *Annuaire français de droit international*, 1997, p. 751 ss.

(16) V. CARON, *La protection de la couche d'ozone stratosphérique et la structure de l'activité normative internationale en matière d'environnement*, in *Annuaire français de droit international*, 1990, p. 707.

Particolarmente indicativa al riguardo appare la posizione assunta da quella dottrina secondo la quale si è in presenza di un accordo-quadro quando i due elementi suindicati, cioè la previsione di norme di principio e di norme che prevedono l'istituzione di organi, sono combinati tra loro. Si afferma, infatti che « un traité - cadre est un instrument conventionnel qui énonce les principes devant servir de fondement à la coopération entre les Etats parties dans un domaine déterminé, tout en leur laissant le soin de définir, par des accords séparés, les modalités et les détails de la coopération, en prevoyant, s'il y a lieu, une ou des institutions adéquates à cet effet » (17). La convenzione-quadro si limiterebbe, quindi, a porre le premesse in base alle quali dovrà svilupparsi la cooperazione tra Stati in un determinato campo, enunciando sia una serie di principi e di impegni generali la cui attuazione è demandata in primo luogo alla conclusione di accordi successivi e solo eventualmente all'attività di organi all'uopo creati (18).

Alcuni studiosi hanno affrontato il tema dell'accordo-quadro avendo riguardo esclusivamente all'attività integrativa che tale tipo di accordo comporta per poter essere attuato. Essi ricomprendono nella nozione di accordo-quadro solo quelle convenzioni nelle quali la conclusione di « accords séparés », tra gli Stati parti e non, costituisce lo strumento principale della loro attuazione. In riferimento, infatti, alla Convenzione-quadro del Consiglio d'Europa sulla protezione delle minoranze del 1995 (19), essi affermano che quest'ultima « ne répond à vrai dire qu'imparfaitement à cette définition puisqu'elle a surtout pour fonction ''d'encadrer'' la législation interne et les politiques nationales et non servir de cadre à des accords séparés ... sa mise en ouvre est assurée essentiellement par des mesures nationales et seulement de façon subsidiairie par des accords bilatéraux » (20).

Da ultimo, conviene ricordare l'opinione di quegli autori

---

(17) V. KISS, *op. cit.*, 1993, p. 792 ss.

(18) V. SISTO, *op. cit.*, p. 355 ss.

(19) V. l. 28 agosto 1997, n. 302, in suppl. ord., *G.U.*, n. 215 del 15 settembre 1997.

(20) V. BENOIT ROHMER, *op. cit.*, p. 577 nota 20 e 21. Sulla stessa linea di pensiero si muovono quegli autori i quali sostengono che gli accordi-quadro « ne

che, prendendo in considerazione il dato formale, precisano « qu'au point de vue formel le signe permettant d'identifier des traités-cadres est l'existence d'une part d'une convention principale, d'autre part de protocoles ou autres accords complémentaires qui s'y rattachent tout en gardant une certaine autonomie » (21). L'accordo-quadro si sostanzierebbe, quindi « d'ensembles ou, mieux, de systèmes conventionnels, à la fois uniques et multiples. A cause de cette particularité, de plus en plus on entend parler de ''régimes'' ... » (22).

Alla luce delle indicazioni che precedono, appare fondato concludere che la dottrina, pur dando un interessante contributo all'individuazione dei diversi tratti caratteristici dell'accordo-quadro, non ha finora preso posizione sulla fondamentale questione dell'efficacia di tale tipo di accordo, chiarendo se da esso scaturiscano effetti obbligatori, ovvero impegni giuridicamente non vincolanti.

Del resto, anche quegli autori che propendono per la non obbligatorietà dell'accordo-quadro, non forniscono, a sostegno della loro tesi, un'adeguata motivazione. Quando, in particolare, si afferma che il tratto caratteristico di tale accordo è quello di contenere dei principi che « se présentent en effet comme des dispositions *de lege ferenda*, tandis que d'autres sont plutot des directives que des obligations juridiques ... » (23), si dà per scontato che tali accordi non creino veri e propri obblighi giuridici. Si potrebbe dire che gli accordi in discorso possano rientrare, secondo tale corrente di pensiero, nella nozione di soft law, elaborata da autorevoli studiosi (24) a seguito dell'adozione di un numero sempre crescente di Dichiarazioni di principi dell'As-

---

peuvent passer dans les faits que par des accords complémentaires » (VIRALLY, *op. cit.*, p. 226).

(21) V. KISS, *op. cit.*, p. 793, FRANCIONI, *Il protocollo di Madrid sulla protezione dell'ambiente antartico*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991, p. 796 ss.

(22) V. KISS, *op. cit.*, p. 793.

(23) V. CAUBET, *op. cit.*, p. 813.

(24) V. DUPUY (R-J), *Droit déclaratoire et programmatoire; de la coutume sauvage à la « soft law »*, in Société Française pour le Droit International, *L'élaboration du droit international public*, Paris, 1975, p. 139 ss.; ID., *Declaratory Law and Programmatory Law. From Revolutionary Custom to « Soft Law »*, in *Declaration of Principles* (a cura di Ackermann) Leyden, 1977, p. 247 ss; BAXTER, *International Law in « Her Infinite Variety »*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1980, p. 549 ss.

semblea Generale delle Nazioni Unite, atti che contengono principi piuttosto fluidi sia nella loro formulazione che nella sostanza.

Di conseguenza gli stessi sarebbero da tenere distinti dagli atti giuridicamente vincolanti in quanto le loro previsioni sono viste come delle mere esortazioni rivolte agli Stati contraenti per l'attuazione di una più proficua collaborazione nell'ambito della materia oggetto del trattato (25).

3. In uno studio volto ad analizzare l'accordo-quadro sotto lo specifico profilo della sua idoneità a dar vita ad obblighi giuridici, conviene, sia pur per sommi capi, richiamare le posizioni dottrinali rispetto ad una distinta, ma per molti aspetti affine, figura di accordo, « l'accordo preliminare ».

Siamo del parere, infatti, che le argomentazioni sulla cui base una parte della dottrina in discorso ritiene di poter sostenere l'efficacia obbligatoria dell'accordo da ultimo menzionato possano in larga misura valere per giungere, nei confronti dell'accordo-quadro, ad analoghe conclusioni (26).

Nell'accezione generalmente accettata dalla maggior parte della dottrina (27), l'accordo preliminare (nelle tre distinte sottospecie di *pactum de negotiando, pactum de contrahendo* (28), *pactum de compromittendo*) è quell'accordo con cui le parti si obbligano « preliminarmente » ad avviare i negoziati o a stipulare il

---

(25) V. *infra*, par. 5.

(26) Poco chiara appare, la nozione di accordo-quadro in quegli scritti ove si tende a fare una assimilazione tra accordo-quadro e accordo preliminare. Alcuni autori, dopo aver definito una data convenzione come quadro, la configurano successivamente come un *pactum de contrahendo*, in quanto, la medesima nel sancire un obbligo preliminare di collaborazione rinvia alla stipulazione di ulteriori accordi per determinazione di obblighi concreti, che assicurino la attuazione dei principi enunciati (v. SISTO, *op. cit.*, p. 364).

(27) V. per tutti FOIS, *L'accordo preliminare*, cit., il quale sostiene l'obbligatorietà dell'accordo preliminare. In senso contrario v. SERENI, *Diritto Internazionale*, vol. III, Milano, 1962, p. 1389.

(28) V. in proposito SEIDL-HOHENVELDERN, *I principi generali del diritto applicati dalle commissioni di conciliazione costituite in virtù del Trattato di pace con l'Italia*, in *Diritto Internazionale*, 1959, p. 232 ss.; MC NAIR, *The Law of Treaties*, Oxford, 1961, p. 27 ss.; MIAJA DELLA MUELA, *Pacta de contrahendo, en derecho internacional público*, in *Revista española de derecho internacional*, 1968, p. 392 ss.; BEYERLIN, *Pactum de contrahendo, pactum de negotiando*, in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 7, 1984, p. 371 ss.

trattato definitivo in quanto al momento di concludere l'accordo preliminare le parti non sono in grado di concordare la disciplina applicabile alle questioni cui l'accordo suddetto fa riferimento, ovvero ritengono opportuno rinviare ad un momento successivo le norme di dettaglio. È, quindi, l'impossibilità o la difficoltà di pervenire subito ad un regolamento definitivo di una determinata questione che spinge le parti a limitarsi a stipulare un accordo di questo tipo. In sé e per sé, quindi, l'accordo preliminare non contiene regole di diritto sostanziale applicabile alla materia che formerà oggetto del c.d. trattato definitivo (o su cui verteranno i negoziati) e che sarà da questo interamente disciplinata (29).

Un punto che, ai fini della presente indagine, conviene porre in particolare evidenza (30), è che l'accordo preliminare contiene, comunque, un'intesa su dei principi di massima; pur non procedendo a disciplinare nella sostanza la materia, tale intesa vincola le parti ad attenersi, nel corso dei negoziati o all'atto di concludere il trattato definitivo, ai principi preventivamente concordati. Vero è che l'obbligo di specificarli nasce dal *pactum de contrahendo* e non dal *pactum de negotiando*; resta però il fatto che si tratta di principi che le parti sono tenute ad osservare in quanto tali.

Dalle affermazioni ora sinteticamente richiamate emerge un primo tratto comune alle due figure in discorso: entrambe costituiscono le premesse in base alle quali dovrà svilupparsi la cooperazione futura fra gli Stati contraenti.

Anche nell'accordo-quadro, infatti, vengono formulati dei principi suscettibili di vincolare, in vario modo le parti contraenti: sia nel senso che il successivo accordo, se verrà concluso, dovrà attenersi ai principi medesimi, sia in quanto venga altresì concordato l'obbligo di dare vita ad un nuovo accordo (31). Si rinvengono, inoltre, tutta una serie di principi fondamentali, che pur lasciando alle parti un'ampia libertà circa le modalità di ese-

---

(29) V. Fois, *op. ult. cit.*, p. 7.

(30) V. Fois, *op. ult. cit.*, p. 7.

(31) In questa particolare ipotesi le parti sarebbero vincolate a non porre in essere atti che possano compromettere l'attuazione dei principi, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 18 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969.

cuzione, sono considerati dalle stesse come obbligatori, vincolandole a non porre in essere atti che possano comprometterne l'attuazione, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 18 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969.

Non è infrequente, d'altronde, che un accordo-quadro possa contenere un *pactum de contrahendo* o *de negotiando*, con la conseguenza che le parti risulterebbero private di quella libertà di contrarre che caratterizza l'accordo preliminare rispetto alla generalità dei trattati internazionali.

Significativo è al riguardo il noto trattato sulla non proliferazione nucleare del 1 luglio del 1968 (32), generalmente considerato per le sue caratteristiche un accordo-quadro: nel contemplare l'obbligo per gli Stati di stipulare ulteriori accordi, pone delle precise limitazioni. In particolare, l'art. III pone a carico di ciascuna delle parti non militarmente nucleari l'obbligo di stipulare un accordo con un soggetto estraneo alla cerchia dei contraenti, determinando al tempo stesso quello che dovrà essere il contenuto del nuovo trattato sui controlli tra gli Stati parti e la A.I.E.A. (33) e identificando l'oggetto di tali controlli. Vi si stabilisce, infatti, che « le procedure di controllo dovranno trovare applicazione al materiale fonte e al materiale fissile speciale, venga esso prodotto, trattato o impiegato in un impianto nucleare principale oppure al di fuori di qualsiasi impianto del genere ... » (34).

---

(32) V. il testo in BETTINI, *Il trattato contro la proliferazione nucleare*, Bologna, 1968, p. 117 ss.

(33) L'Agenzia internazionale per l'energia atomica è un'Organizzazione internazionale, sorta nel 1957, con lo scopo di accelerare ed accrescere il contributo dell'energia atomica alla pace, alla salute, e alla prosperità dell'intero pianeta. Sul punto v. MOSCONI, *Il trattato sulla non proliferazione nucleare*, cit., p. 250.

(34) Le limitazioni riguardano anche altri aspetti, come quelle relative alla sfera soggettiva, alla fase della negoziazione ed a quella dell'entrata in vigore degli accordi futuri previsti dall'art. III comma 4 del medesimo trattato, il quale dispone che « Gli Stati non militarmente nucleari del presente trattato concluderanno accordi con la A.I.E.A. sia individualmente sia insieme ad altri Stati, in conformità con lo Statuto dell'A.I.E.A. La negoziazione di tali accordi avrà inizio entro centottanta giorni dall'entrata in vigore originaria del trattato. Gli Stati che depositeranno i loro strumenti di ratifica o di adesione dopo questo periodo di centottanta giorni inizieranno i negoziati con l'A.I.E.A. non oltre la data di detto deposito. Questi accordi relativi ai controlli entreranno in vigore non più tardi di diciotto mesi dalla data di inizio dei negoziati ».

4. Le caratteristiche essenziali dell'accordo-quadro — delineate dalla dottrina e in precedenza sommariamente richiamate — sono tali da far ritenere, a prima vista, particolarmente frequenti il sussistere di tali caratteristiche nel caso di accordi istitutivi di Organizzazioni internazionali. Quando, segnatamente, si definisce l'accordo in questione come un trattato che, pur contenendo norme ritenute immediatamente applicabili, annovera un certo numero di disposizioni *non self-executing* (35), la cui esecuzione è necessariamente subordinata all'adozione di norme « complementari », o quando si precisa che le disposizioni in esso contenute presentano carattere di elasticità e di generalità, la cui attuazione è rinviata ad un successivo intervento sul piano normativo, si delineano, infatti, caratteristiche che è agevole ritrovare negli accordi istitutivi, tenuto conto soprattutto della complessità del loro impianto e del ruolo attribuito alla singola organizzazione nell'attuazione dei principi contenuti nella « Costituzione » dell'ente.

Nella realtà, peraltro, la situazione si presenta notevolmente diversa. A parte qualche isolato richiamo alla nozione di accordo-quadro con riferimento allo Statuto delle Nazioni Unite (36), sono, infatti, esclusivamente i Trattati istitutivi delle Comunità europee che hanno visto concentrarsi, sul punto che qui interessa, le considerazioni della dottrina.

Nel ricostruire, sia pur per sommi capi, le tesi espresse al riguardo, conviene anzitutto mettere in rilievo le differenze tra il Trattato CEE e il Trattato CECA. Mentre quest'ultimo, definito come trattato-legge (37), contiene in dettaglio i precetti che i

---

(35) Per norma non *self-executing* si intende sia quella norma che attribuisce semplici facoltà agli Stati sia quella che non può ricevere esecuzione se non attraverso una attività integrativa. V. in proposito BUERGENTHAL, *Self-Executing and Non Self-Executing Treaties and International Law*, in *Recueil des Cours*, tome 235, p. 303 ss.; CONFORTI, *op. cit.*, p. 288.

(36) Nel senso che lo Statuto delle Nazioni Unite avrebbe natura di una « Carta costituzionale », alla quale si applicherebbero regole particolari, v. per tutti KOPELMANAS, *L'Organisation des Nations Unies*, I, *L'Organisation costitutionelle des Nations Unies*, Paris, 1947, p. 1 ss.; ROSS, *La Carta delle Nazioni Unite è un trattato o una costituzione?*, in *Jus Gentium*, 1950, p. 108; GOODRICH-HAMBRO-SIMMONS, *Charter of the United Nations*, Third and Revised Edition, New York, 1969, p. 13 ss.

(37) V. WIGNY, *Historique*, in *Droit des Communautés européennes*,

suoi organi sono chiamati ad attuare (38), il Trattato CEE si caratterizza come accordo-quadro, nel senso di prevedere, accanto ad obiettivi specifici, anche dei fini più generali, a carattere spesso solo programmatico per il raggiungimento dei quali gli organi comunitari sono obbligati ad adottare tutta una serie di provvedimenti che non sono elencati necessariamente nel Trattato stesso (39). Giudicando poco realistico formulare nel testo dell'accordo soltanto norme suscettibili di immediata applicazione, gli autori del Trattato hanno, quindi, preferito limitarsi a creare una cornice nell'ambito della quale potesse essere inserita, di volta in volta, la normativa comunitaria di dettaglio.

È stato posto in evidenza (40), al riguardo, come la natura di accordo-quadro propria del Trattato CEE non venga meno nonostante sotto questo profilo le sue varie parti non presentino le stesse caratteristiche: accanto a disposizioni generiche, che non vanno oltre la formulazione di principi ed obiettivi, come quelle relative alle politiche comuni, ve ne sono, infatti, altre alquanto dettagliate, che poco si prestano ad essere ricondotte ad una cornice.

Bruxelles, 1969, p. 8; DE SOTO, *Les attributions du Parlament européen*, in *Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, 1969, p. 278; BEBR, *The Balance of Power in the European Communities*, in *Annuaire Européen*, V, 1959, p. 67; REUTER, *Affaires étrangères et Communautés européennes*, in *Les affaires étrangères*, Centre de sciences politiques de l'Institut d'études juridiques de Nice, Paris, 1959, p. 384 ss.; ID., *Organisations Européennes*, Paris, 1965, p. 174; LINBERG, *The Political Dynamics of European Economic Integration*, Stanford-London, 1963, p. 22 ss.; TRABUCCHI, *Preambolo*, in *Commentario del Trattato istitutivo della CEE*, I, Milano, 1965, p. 22 ss.; PESCATORE, *Les relationes extérieures de la Communauté européenne*, in *Recueil des Cours*, 1967, n. 103, p. 123 ss.; TEITGEN, *Obiectifs et principes fondamentaux communs aux trois Communautés*, in *Droit des Communautés européennes*, Bruxelles, 1969, p. 22 ss.; GIARDINA, *The rule and implied powers in the European Communities*, in *Italian Yearbook of International Law*, 1975, p. 99 ss.; LOUIS, *L'ordinamento giuridico comunitario*, IV ed., Lussemburgo, 1990, p. 76 ss.; DRAETTA, *Elementi di diritto comunitario*, II ed., 1994, p. 7 e p. 63.; ID., *Elementi di diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Milano, 1999, p. 7.

(38) Nel senso che « una volta completata tale attuazione il trattato ha esaurito la sua funzione », v. DRAETTA, *op. ult. cit.*, p. 7.

(39) V. DRAETTA, *op. ult. cit.*, p. 7.

(40) FOIS, *Il Trattato CEE come « accordo quadro »: la posizione della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1978, p. 63.

Viene precisato (41), inoltre, che il quadro delineato dal Trattato non esaurisce i principi di carattere generale, ispiratori della normativa di dettaglio. Funzione di cornice avrebbero anche quegli articoli a carattere procedurale che stabiliscono a quali organi e secondo quali procedure compete di adottare le norme destinate ad iscriversi nell'ambito dell'accordo-quadro. Principi, obiettivi e regole di natura procedurale concorrerebbero a contraddistinguere il Trattato CEE rispetto ad altri accordi internazionali attribuendogli quella natura di accordo-quadro che costituirebbe « one of treaty's unique characteristics » (42).

Con gli orientamenti dottrinali sommariamente delineati contrasta l'indirizzo giurisprudenziale seguito dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee. A parte, infatti, alcune sentenze, in cui la stessa ha definito alcune norme del Trattato « il fondamento, la cornice » dei regolamenti adottati dal Consiglio dei Ministri della CEE (43), la tendenza nettamente prevalente seguita dai giudici di Lussemburgo è stata di evitare l'utilizzazione della nozione di accordo-quadro in relazione al Trattato CEE considerato nel suo insieme.

L'orientamento della Corte, poco incline perfino ad attribuire alle disposizioni del Trattato la qualifica di norme programmatiche, come è noto, è stato piuttosto, quello di attribuire efficacia immediata alla maggior parte delle disposizioni del Trattato. Neppure nei casi in cui ha ritenuto una norma del Trattato non immediatamente applicabile essa ha esplicitamente ammesso di trovarsi di fronte ad una regolamentazione incompleta, da integrare attraverso una normativa di dettaglio.

La Corte, inoltre, ha lasciato decisamente in ombra un altro aspetto sul quale, invece, ha particolarmente insistito la dottrina, e cioè quello della funzione essenziale esplicata, nell'ambito dell'accordo-quadro, dalla normativa di dettaglio, volta a dare attuazione ai principi che tale accordo contiene. In numerose sen-

---

(41) FOIS, *op. ult. cit.*, p. 63.

(42) Così LINDERBERG, *op. cit.*, p. 27.

(43) In questo senso v. sentenza del 9 giugno 1964, causa 92-63 in *Raccolta della giurisprudenza della Corte delle Comunità europee*, 1964, p. 569; sentenza del 15 luglio 1964, causa 100-63, in *Raccolta*, cit., 1964, p. 1107; sentenza del 10 dicembre 1969, causa 34-69, in *Raccolta*, cit., 1969, p. 603. Per ulteriori indicazioni giurisprudenziali v. BOULOUIS-CHEVALLIER, *op. cit.*, p. 99.

tenze, infatti, i giudici di Lussemburgo hanno sorvolato sul ruolo di integrazione e specificazione degli atti comunitari nei confronti del Trattato preferendo porre, invece, l'accento sul principio della subordinazione di questi ultimi rispetto al primo (44).

La presa di distanza della Corte nei confronti della nozione di accordo-quadro, secondo alcuni autori (45), sarebbe da ricercare nella difficile conciliabilità degli aspetti caratteristici di tale accordo con i principi ispiratori di una giurisprudenza, tendente ad escludere l'esistenza di lacune nel sistema posto in essere con il Trattato CEE (46).

5. La tesi di quella parte della dottrina — da noi qui condivisa — secondo cui l'accordo-quadro avrebbe efficacia obbligatoria, deve essere vista alla luce della generale problematica relativa alla distinzione tra atti internazionali giuridicamente vincolanti e atti privi di efficacia obbligatoria (47), onde stabilire in quale misura gli elementi distintivi rilevati dalla dottrina al ri-

---

(44) V. sentenza del 15 luglio 1964, causa 100-63, in *Raccolta*, cit., 1964, p. 1108; sentenza di 19 marzo 1964, causa 75-63, in *Raccolta*, cit., p. 1964, p. 364; sentenza del 5 luglio 1967, causa 2-67, in *Raccolta*, cit., 1967, p. 243; sentenza del 7 maggio 1969, causa 28-68, in *Raccolta*, cit., 1969, p. 135.

(45) V. FOIS, *op. ult. cit.*, p. 64 ss.

(46) L'orientamento seguito dalla Corte nel punto ora in esame non sembra, comunque, aver influito sulle posizioni della dottrina, che anche di recente non ha mancato, con riferimento al Trattato CE, di utilizzare l'espressione « accordo quadro ». In proposito v. DRAETTA, *op. ult. cit.*, p. 7, secondo cui « Il Trattato istitutivo della CE si caratterizza per lo più come trattato-quadro, nel senso di prevedere, accanto ad obiettivi specifici, anche dei fini più generali, a carattere spesso solo programmatico ».

(47) All'interno di quest'ultima rivestono un sicuro interesse, ai fini della presente indagine, i c.d. Atti finali delle Conferenze internazionali, quali la Dichiarazione di Stoccolma (adottata il 6 giugno 1972), la Dichiarazione sulle foreste, la Dichiarazione di Rio (adottate nell'ambito della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo, svoltasi a Rio de Janeiro dal 3 al 14 giugno 1992), che a volte vengono assimilati agli accordi-quadro. Se è vero che tanto negli atti ora richiamati quanto negli accordi-quadro vengono enunciati dei principi generali che rinviano agli sviluppi futuri della collaborazione tra Stati la determinazione delle misure concrete da adottare, è anche vero che solo nell'accordo-quadro è possibile rinvenire una precisa volontà degli Stati di obbligarsi espressa in termini chiari ed inequivocabili (v. par. 6), che, invece, manca in tali atti ove si dice, che gli Stati « déclarent », « respectent », « réaffirment », « confirment », « reconnaissent », « rappellent ». Tale volontà è esclusa, peraltro, anche dalle dichiarazioni degli stes-

guardo sono suscettibili di utilizzazione nell'ambito specifico degli accordi-quadro (48).

Dai numerosi scritti che vengono in rilievo ai fini della richiamata distinzione (49), emerge con chiarezza una sostanziale convergenza da parte della dottrina su due punti di fondamenta-

---

si Stati partecipanti alla Conferenza che hanno insistito sulla mancanza della forza obbligatoria dell'atto in questione.

Siamo, quindi, in presenza di intese che hanno una grande importanza dal punto di vista politico, ma che per il loro tenore e per le dichiarazioni che di solito li accompagnano non possono considerarsi come produttivi di effetti giuridici. Sul punto v. PREVOST, *op. cit.*, pp. 141-142. Va da sé che, qualora all'interno di questo tipo di atti si possano rinvenire disposizioni che consentono di riconoscere ad un « Atto finale » il carattere di un trattato (in questo senso v. PREVOST, *op. cit.*, p. 128-138) sarà possibile ricomprendere tale atto nella categoria degli accordi-quadro.

(48) Assai discussa è la natura giuridica dell'Atto finale della Conferenza sulla Sicurezza e la Cooperazione, firmato ad Helsinki il 1 agosto 1975. Tra i numerosi studi al riguardo conviene citare MANIN, *La Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe*, in *Notes et Etudes Documentaires*, 15 marzo 1976, pp. 4271-4277, p. 37; SINAGRA, *L'Atto finale della Conferenza di Helsinki sulla sicurezza in Europa*, in *Rivista di diritto europeo*, 1976, p. 38; RUSSELL, *The Helsinki Declaration: Brobdingnag or Lilliput?*, in *American Journal of International Law*, 1976, p. 248; PREVOST, *Observations sur la nature de l'Acte final de la Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe*, in *Annuaire français de droit international*, 1975, 129; SEGRE, *Da Helsinki a Belgrado*, Roma, 1977, p. 75 ss.; GHEBALI, *L'Acte final de la Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe et les Nations Unies*, in *Annuaire français de droit international*, 1975, p. 73 ss.; FERRANTI, *La Conferenza sulla Sicurezza e la Cooperazione in Europa: indicazioni sul treaty-making power della CEE*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1978, p. 734 ss.). Alcuni autori (v. FERRANTI, *op. cit.*, p. 735) in considerazione delle sue particolari caratteristiche gli riconoscono le caratteristiche dell'accordo-quadro: l'Atto finale di Helsinki contiene una serie di norme programmatiche attraverso le quali gli Stati dichiarano di volersi adoperare per il conseguimento di obiettivi di interesse comune ed esprimono solennemente la volontà di facilitare una più proficua cooperazione.

(49) V. CHAILLEY, *La nature juridique des traités internationaux selon le droit contemporain*, Paris, 1932, p. 88 ss.; FAWCETT, *The Legal Character of International Agreements*, in *British Yearbook of International Law*, 1953, p. 49 ss.; MYERS, *The Names and Scope of Treaties*, in *American Journal of International Law*, 1957, p. 674 ss.; MC NAIR, *op. cit.*, p. 3 ss.; WALDOCK, *Quatrième rapport sur le droit des traités*, in *Annuaire de la Commission du droit international*, 1965, II, p. 9 ss.; VIRALLY, *La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique*. Rapport provisoire, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 60-I, 1983, p. 166 ss.; ID., *La distinction entre textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus*. Rapport définitif, *ivi*, p. 328 ss.;

le importanza. Si tratta, anzitutto, dell'inadeguatezza del criterio formale quale elemento distintivo per stabilire la portata giuridica di un atto internazionale. Può accadere, invero, che un testo convenzionale non abbia effetti giuridici, mentre un atto che non riveste la forma di un trattato sia dotato di una portata giuridica. Quindi la produzione o meno degli effetti giuridici è un dato che va accertato seguendo un criterio oggettivo: come è stato autorevolmente affermato « les formes employées ne permettant pas de décider dès l'abord si l'on se trouve ou non en présence d'un traité, il faudra examiner son contenu pour le déterminer et pour qualifier ainsi l'instrument dans son ensemble » (50).

Il secondo punto attiene al criterio della volontà delle parti al fine di una distinzione tra i due tipi di atti (51). Sulla base delle conclusioni dell'Institut de droit international su « la distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique », perché un atto sia vincolante è necessario che le sue disposizioni esprimano l'impegno delle parti a rispettarle nei loro rapporti reciproci. La natura di un impegno contenuto in un testo internazionale « dépend de l'intention des parties, telle qu'elle peut etre établie par l'examen des termes employés pour l'exprimer, des circonstances dans lesquelles le texte a été adopté et du comportement ultérieur des parties » (52).

6. Nel prendere in esame gli accordi-quadro più significativi, quelli cioè suscettibili di fornire elementi utili per una ricostruzione giuridicamente corretta della natura di tali accordi — con particolare riferimento alla questione della loro efficacia ob-

---

ID., *Textes internationaux ayant una portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus, ivi*, vol. 60-II, 1984, p. 118 ss.

(50) VIRALLY, *La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes, internationaux dépourvus de portée juridique*. Rapport provisoire cit., p. 239.

(51) V. MC NAIR, *op. cit.*, p. 6; O'CONNELL, *International Law*, I, London, 1965, p. 222 ss.; GIULIANO-SCOVAZZI-TREVES, *Diritto internazionale*, I, 1983, p. 392; VIRALLY, *Textes internationaux de portée juridique et textes internationaux qui en sont dépourvus*. Rapport definitif, cit., p. 341.

(52) V. VIRALLY, *op. ult. cit.*, p. 254.

bligatoria — è bene sottolineare ancora una volta che allo scarso approfondimento del tema da parte della dottrina si contrappone una prassi quanto mai ricca e varia.

Ciò precisato, non è evidentemente nostro intendimento delineare un quadro completo degli accordi-quadro ricorrenti nella prassi internazionale. Tenuto conto degli obiettivi del nostro studio, ci soffermeremo su quegli accordi che meglio si prestano a porre in luce gli aspetti connessi con la fondamentale questione della efficacia obbligatoria.

Fra le convenzioni concluse a *livello multilaterale* merita di essere anzitutto richiamata — per gli interessanti elementi di valutazione che offre in merito al punto che qui rileva — quella sulla protezione fisica dei materiali nucleari, firmata a Vienna-New York il 3 marzo 1980, entrata in vigore il 6 ottobre 1991 (53). Scopo di tale convenzione è di predisporre una tutela preventiva e repressiva al fine di evitare i rischi che potrebbero derivare dall'acquisizione dell'uso illecito dei materiali nucleari. In particolare « Ciascun Stato contraente assumerà i provvedimenti necessari ... affinché ... il materiale nucleare che si trova sul proprio territorio ... sia protetto durante un trasporto nucleare internazionale ... » (art. 3). In base all'art. 4 par. 1 « Ciascun Stato contraente non esporterà, o non autorizzerà la esportazione di materiale nucleare... »; nel par. 2 si precisa che « ciascun Stato contraente ... non importerà o non autorizzerà la importazione di materiale nucleare ». Gli Stati *si impegnano*, inoltre, ad introdurre nei singoli ordinamenti statali nuove figure di reato a tutela della protezione fisica dei materiali nucleari e del loro utilizzo per impieghi pacifici (art. 7). Dalle minuziose disposizioni degli artt. 8 e 11 si evince, infine, *la ferma volontà* degli Stati di punire gli autori dei reati che possono mettere in pericolo l'incolumità fisica delle persone e l'equilibrio delle relazioni internazionali.

Anche nell'accordo-quadro di cooperazione economica, industriale, scientifico-tecnologica, tecnica e culturale tra l'Italia e il Cile dell'8 novembre 1990 (54), le Parti, dopo aver affermato che il trattato in questione rappresenta la cornice per programmi, piani e progetti che vengono concordati nell'ambito delle lo-

---

(53) Se ne veda il testo in *G.U.* n. 277, suppl. ord. del 7 ottobre 1982.

(54) V. il testo in *G.U.*, serie generale n. 204, del 31 agosto 1993, p. 85 ss.

ro relazioni economiche, *si impegnano* « alla identificazione di progetti di interesse comune che presentino livelli adeguati di redditività e ragionevoli garanzie di ripagamento dei capitali investiti » (art. V) e, nell'ambito dei rispettivi sistemi normativi, « a garantire un trattamento giusto e paritario ai rispettivi investimenti pubblici e privati ... » (art. VII). Al punto 3 di quest'ultimo articolo le Parti *si obbligano*, inoltre, « ad iniziare i negoziati, nel più breve tempo possibile, per giungere alla stipulazione di un accordo di promozione e di protezione degli investimenti ... » (55).

Per restare tra gli accordi-quadro conclusi su base multilaterale, è il caso di ricordare altresì la già citata convenzione-quadro sulla protezione delle minoranze del 1995 (56): sono numerose le disposizioni da cui si evince una chiara volontà degli Stati

---

(55) V. Tra gli accordi-quadro bilaterali, sicuramente meno frequenti nella prassi internazionale, si possono ricordare « l'Accordo sulle collettività territoriali » tra l'Italia e l'Austria del 1993; « l'Accordo tra Italia e Svizzera per la cooperazione trasfrontaliera delle collettività ed autorità regionali e locali » del 24 febbraio 1993; « la Convenzione-quadro » di Washington del 1993 tra l'OLP e Israele; il « Trattato di amicizia e collaborazione » tra la Repubblica italiana e la Repubblica ceca del 1996; « l'Accordo-quadro di cooperazione economica, industriale, scientifico tecnologica, tecnica e culturale » tra Italia e Brasile del 17 ottobre 1989. In tale accordo, per esempio, il carattere vincolante si evince da diverse disposizioni, tra le quali l'art. 4 dove le parti si obbligano a « garantire nell'ambito dei rispettivi sistemi normativi, le condizioni giuridiche ed economiche atte ad assicurare un trattamento giusto ed equo agli investimenti pubblici dell'altro, a norma del successivo art. VIII » e l'art. VIII comma 2 in cui « Le Parti si impegnano a non utilizzare meccanismi di protezione interna suscettibili di ostacolare i fini del presente Accordo », sempre per quanto attiene agli investimenti e ai proventi degli investimenti.

Tra i trattati bilaterali vengono, inoltre, in rilievo quelli conclusi tra un'Organizzazione internazionale e uno Stato non membro, come anche gli accordi che intervengono tra due Organizzazioni.

In questo ambito rientrano, per esempio, diversi accordi di cooperazione economica e commerciale stipulati dalla CEE con i Paesi dell'America latina, definiti dalle parti stesse accordi-quadro tra i quali possiamo ricordare quelli conclusi con i seguenti Paesi: la Repubblica argentina dell'8 ottobre 1990; l'Uruguay del 26 aprile 1991; il Brasile del 29 giugno 1992; il Paraguay del 30 ottobre 1992, il Messico dell'8 dicembre 1997. V., inoltre, l'Accordo-quadro interregionale di cooperazione tra la Comunità e i suoi membri e il Mercato comune del Sud (MERCOSUR) e i suoi Stati parti firmato a Madrid il 15 dicembre del 1995 e l'Accordo tra la Comunità europea e i suoi membri ed il Cile del 21 giugno del 1996.

(56) V. *supra*, p. 533.

di obbligarsi. In particolare, nel titolo III agli artt. 4 par. 1; 5 par. 1; 8, 9 par. 1, 10; 11 par. 1 e 2; 14 par. 1; 15; 17, 19 le parti « s'engagent » di adottare tutta una serie di misure, sia di ordine interno che di carattere internazionale, volte ad attuare una effettiva protezione delle minoranze nazionali.

Un altro indice dell'efficacia obbligatoria dell'accordo-quadro è costituita dalla previsione di accordi di esecuzione (57).

Particolare importanza riveste sotto questo aspetto la Convenzione-quadro di Madrid sulla cooperazione transfrontaliera del 1980 (58): nel Preambolo si dice chiaramente che gli Stati firmatari della convenzione realizzeranno l'obiettivo di promuovere la collaborazione tra loro « per la conclusione di accordi nel settore amministrativo », mentre l'art. 2 stabilisce che « 1. È considerata come cooperazione transfontaliera ... qualsiasi concertazione che abbia lo scopo di rinforzare e sviluppare i rapporti di vicinato ... così come la conclusione degli accordi e degli arrangements a tal fine » ... L'art. 4 precisa, infine, che « gli accordi e arrangements saranno conclusi nel rispetto delle competenze previste dalla legislazione interna di ogni Parte contraente, in materia di relazioni internazionali ... ».

L'efficacia dell'accordo-quadro può altresì essere fatta discendere dalle disposizioni che lo stesso sovente contiene in materia di soluzione delle controversie (59). Nell'art. 14 della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici

---

(57) V. *infra*, par. 7.

(58) La convenzione è stata resa esecutiva in Italia con l. 19 novembre 1984, n. 948. V. inoltre la convenzione-quadro di cooperazione economica, industriale, scientifico-tecnologica, tecnica e culturale tra l'Italia e il Cile del 1990. Tale convenzione, definita all'art. 1 quale accordo che rappresenta la cornice per programmi, piani, progetti e attività nell'ambito delle relazioni economiche tra i due paesi, prevede, ad esempio, che quanto stabilito nell'atto in parola sia attuato in prima istanza nell'ambito dei rispettivi sistemi normativi e solo nello specifico settore della protezione degli investimenti sancisce l'impegno delle parti ad iniziare i negoziati per giungere alla stipulazione di accordi in merito.

(59) In tal senso v. FAWCETT, *The Legal Character of International Agreements*, in *British Yearbook of International Law*, 1953, p. 49 ss. Nel senso che quando mancano nel trattato simili disposizioni quest'ultimo sarebbe da considerare sprovvisto di efficacia obbligatoria v. MÜNCH, *La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique*, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1983, vol. 60, I, p. 323.

del 9 maggio del 1992 (60), si stabilisce che « In caso di vertenza tra due o più parti riguardo all'interpretazione o all'applicazione della Convenzione, le parti in questione cercano di arrivare ad una composizione della controversia tramite trattative o qualsiasi altro mezzo conciliativo di loro scelta ». Le parti possono dichiarare al momento della ratifica che per qualsiasi controversia riconoscono « come obbligatoria *ipso facto* e senza speciale accordo con qualsiasi parte che accetta lo stesso obbligo: *a*) la presentazione della controversia alla Corte internazionale di giustizia e/o *b*) l'arbitrato svolto in conformità delle procedure che la Conferenza delle parti deve adottare il più presto possibile con un allegato sull'arbitrato ». Trattasi di una clausola compromissoria completa che non può che essere contenuta in un atto giuridicamente vincolante (61).

Un dato rilevante ai fini della natura vincolante di un accordo-quadro può essere dato, infine, dalla presenza nello stesso della c.d. clausola di compatibilità (62). Tale tipo di clausola viene inserita all'interno dei trattati con sempre maggior frequenza per salvaguardare i rapporti giuridici derivanti da accordi vincolanti stipulati dagli Stati in tempi diversi e suscettibili di dar vita ad obblighi tra loro incompatibili. Può essere menzionato, a questo riguardo, il Trattato sulla cooperazione amazzonica (63): l'art. 19 contiene un'esplicita « clausola di compatibilità » sia sul rispetto degli impegni assunti anteriormente alla sua firma, con particolare riferimento ad accordi od atti internazionali vigenti tra le parti (art. 19) sia sulla conclusione di futuri accordi bilate-

---

(60) V. il testo in *G.U.* del 29 gennaio 1994, suppl. ord., serie generale n. 23.

(61) V. inoltre la Convenzione sulla diversità biologica del 22 maggio 1992, che all'art. 27 prevede un meccanismo di risoluzione delle controversie basato sia sui negoziati, i buoni uffici, la mediazione e l'arbitrato, sia sul ricorso alla Corte internazionale di giustizia (v. il testo in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, p. 828) e la Convenzione di Vienna sulla protezione della fascia di ozono, firmata il 22 marzo 1985, integrata dal Protocollo di Montreal del 16 settembre 1987 che prevede all'art. 14 una disposizione analoga alla precedente. V. il testo della Convenzione in *International Legal Materials*, 1987, p. 1516 e il testo del Protocollo in *International Legal Materials*, 1987, p. 1541.

(62) In proposito v. SCISO, *Gli accordi internazionali confliggenti*, Bari, 1986; ROUCOUNAS, *Engagements parallèles et contradictoires*, in *Recueil des Cours*, 1987, VI, p. 9 ss.; CONFORTI, *op. cit.*, p. 88 ss.

(63) V. il testo in *Comunità internazionale*, 1992.

rali o multilaterali tra le Parti stesse su temi oggetto della convenzione in parola (art. 18) (64).

7. L'elemento che contraddistingue l'accordo-quadro rispetto alla generalità dei trattati, e cioè quello di non dar luogo per gli Stati contraenti ad obblighi chiari, precisi e incondizionati, e di lasciare agli stessi un più o meno ampio potere discrezionale in ordine all'attuazione di quanto concordato nel testo, induce a chiederci se ed in quale misura la successiva conclusione di accordi di esecuzione contemplati nel testo dell'accordo-quadro venga in rilievo ai fini dell'efficacia obbligatoria di quest'ultimo.

Di indubbio interesse, sotto questo aspetto, è l'accordo stipulato tra l'Italia e l'Austria il 20 febbraio 1973 (65) per dare esecuzione alla Convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957 (66), elaborata nell'ambito del Consiglio d'Europa. Al fine di provvedere all'integrazione delle norme di principio, l'art. 28 par. 2 di tale Convenzione dispone che « Les Parties Contractantes ne pourront conclure entre elles des accords bilatéraux ou multilatéraux que pour compléter les dispositions de la présente Convention ou faciliter l'application des principes contenus dans celle-ci ». Ed è appunto con riferimento a detta norma che l'accordo italo-austriaco esprime, nel suo Preambolo, l'esplicita volontà delle Parti contraenti ''di completare la Con-

(64) Sostanzialmente nello stesso senso v. l'Accordo-quadro sulla cooperazione transfrontaliera delle collettività territoriali, firmato a Vienna il 27 gennaio 1993 ed entrato in vigore il 1 agosto 1995 (il testo è pubblicato in *Rivista di diritto internazionale*, 1996, p. 196). Nell'art. 6 par. 2 di tale trattato si dice che « Le disposizioni del presente Accordo non potranno essere interpretate come suscettibili di pregiudicare la validità degli accordi e delle intese di cooperazione già esistenti ». V. inoltre la Convenzione europea sulla televisione transfrontaliera, firmata a Strasburgo il 5 maggio 1989 che all'art. 27 prevede che in caso di conflitto tra le norme della convenzione ed il diritto comunitario prevalga quest'ultimo e la Convenzione sulla diversità biologica, già citata, dove all'art. 22 si dice che le disposizioni della convenzione in parola non modificano gli obblighi che le parti contraenti hanno assunto in precedenza a meno che questa osservanza non minacci o provochi danni alla diversità biologica.

(65) Il testo dell'accordo è pubblicato in *Rivista di diritto internazionale*, 1978, p. 827 ss.

(66) Il testo della Convenzione è pubblicato in *Rivista di diritto internazionale*, 1964, p. 698.

venzione europea di estradizione ... e di facilitare l'applicazione dei principi in essa contenuti ...''. Vengono espressamente menzionate, a questo fine, le norme contenute negli artt. 2; 9; 10; 12 par. 1; 15; 16; 17; 18; 19; 20; 21; 23; 24; 31, riguardanti rispettivamente: ''*a*) faits donnant lieu à extradition; *b*) ne bis in idem; *c*) prescription; *d*) requête et pièces à l'appui; *e*) rêgle de la spécialité; *f*) réextradition à un Etat tiers; *g*) arrestation provisoire; *h*) concours de requêtes; *i*) remise de l'extradé; *l*) remise ajournée ou conditionelle; *m*) remise dobjets; *n*) langues à employer; *o*) frais; *p*) dénonciation''. Particolare interesse, nell'economia di questa indagine, riveste l'art. 10 della Convenzione europea, relativo all'istituto della prescrizione. Vi si stabilisce che « L'extradition ne sera pas accordée si la prescription de l'action ou la peine est acquise d'après la législation soit de la Partie requérante, soit de la Partie requise ». Evidente è la natura programmatica di detta norma, in quanto la sua generica formulazione non permetterebbe una sua adeguata applicazione.

Il trattato italo-austriaco, allo scopo di integrare tale disposizione per facilitarne l'applicabilità, prevede all'art. III che « 1) Un atto giudiziario che interrompe la prescrizione nello Stato richiedente, è riconosciuto atto ad interrompere la prescrizione nello Stato richiesto, allorquando esso sia contemplato anche nell'ordinamento di quest'ultimo Stato come fatto idoneo ad interrompere la prescrizione. 2) Nel caso di una amnistia concessa nello Stato richiesto l'estradizione avrà ugualmente luogo, salvo che il reato sia soggetto alla giurisdizione di tale Stato. 3) La mancanza di una querela o di un'autorizzazione, qualora esse siano previste dall'ordinamento richiesto, non fa venir meno l'obbligo di concedere l'estradizione ».

Altro accordo di esecuzione che conviene qui richiamare è l'accordo tra l'Italia e la Grecia sulla protezione dell'ambiente marino del Mar Ionio e delle sue zone costiere del 6 marzo 1979 (67), concluso per dare attuazione alla già citata convenzione di Barcellona del 6 febbraio 1976 sulla protezione del Mediterraneo contro l'inquinamento. Come già ricordato (68), tale Convenzione presenta le caratteristiche dell'accordo-quadro in quanto, non contenendo norme immediatamente obbligatorie, si

---

(67) V. il testo in *G.U.* 16 agosto 1982, suppl. ord., n. 224.

(68) V. *supra*, nota n. 16.

limita a porre le premesse in base alle quali dovrà svilupparsi la cooperazione fra gli Stati costieri nella lotta contro il deterioramento dell'ambiente marino della regione, enunciando una serie di principi e di impegni generali e stabilendo all'art. 4, l'impegno delle parti contraenti di adottare tutte le misure necessarie per prevenire e ridurre e combattere l'inquinamento della regione mediterranea.

È all'esecuzione della Convenzione di Barcellona che l'accordo italo-greco è finalizzato. Le Parti, dopo averla richiamata nel Preambolo dell'accordo, adottano una serie di misure particolareggiate atte a proteggere le acque del Mar Ionio e le sue zone costiere. A tale scopo viene istituita una Commissione i cui compiti sono enunciati nell'art. 4, mentre il suo funzionamento è disciplinato nei successivi artt. 6, 7, 8, 9 e 10.

Analoghe considerazioni valgono per altri due accordi conclusi dall'Italia con l'Austria e la Francia sulla cooperazione transfrontaliera tra le collettività territoriali, rispettivamente il 27 gennaio e il 26 novembre 1993 (69). Il Preambolo di entrambi gli accordi indica esplicitamente che lo scopo della loro stipulazione è appunto quello di « facilitare l'applicazione della Convenzione sulla Convenzione-quadro di Madrid del 1980 sulla cooperazione transfrontaliera tra le collettività territoriali. Entrambi gli accordi bilaterali suindicati contengono nella parte iniziale il richiamo alla Convenzione quadro europea. Si impegnano altresì (v. i rispettivi artt. 4) a favorire le iniziative delle loro comunità territoriali e attribuiscono ad esse, in conformità a ciascun ordinamento giuridico nazionale, le materie che possono attualmente formare oggetto delle loro intese.

8. Valutata la scarsa attenzione generalmente mostrata dalla dottrina circa la questione se all'accordo-quadro sia da riconoscere efficacia obbligatoria, è parso opportuno, nella presente indagine, procedere avendo cura di utilizzare, anche su questo specifico aspetto, i criteri seguiti dagli studiosi in merito all'obbligatorietà dei trattati internazionali nel loro complesso.

---

(69) Il testo del primo accordo è pubblicato in *Rivista di diritto internazionale*, 1996, p. 196 ss.; il testo del secondo è pubblicato in *Rivista di studi politici*, 1995, n. 246.

È questo, precisamente, il filo conduttore che ha guidato la nostra analisi nel corso del par. 6. Il ricorso al fondamentale criterio della volontà delle parti, determinante al fine di stabilire quali effetti queste intendano far discendere da un dato trattato, ha consentito di accertare la particolare frequenza con cui, nella conclusione degli accordi-quadro, una simile efficacia fosse dagli Stati anche esplicitamente voluta. Gli esempi da noi sopra riportati ci sembrano, a questo fine, assai significativi.

A conclusioni sostanzialmente analoghe è dato pervenire quando si passi a considerare, più specificamente, l'esistenza nel testo dell'accordo di clausole aventi ad oggetto sia il ricorso a meccanismi per la soluzione delle controversie, sia la disciplina, attraverso la clausola di compatibilità, dei rapporti tra l'accordo in questione ed altri trattati — anteriori o successivi — riguardanti la stessa materia (70).

Quanto al criterio costituito dalla previsione, nel testo dell'accordo-quadro, della conclusione di accordi di esecuzione volti a specificare ed integrare i principi concordati, è di tutta evidenza che tale criterio non si riscontra, di massima, nella generalità dei trattati, mentre apporta ulteriori elementi di valutazione ai fini del riconoscimento dell'obbligatorietà dell'accordo-quadro. La generale tendenza degli Stati a concludere detti accordi di esecuzione — che i sia pur sintetici richiami alla prassi, in precedenza operati, hanno permesso di far emergere — è da vedere come una conferma della coerenza con cui le parti contraenti, sulla base di quanto inizialmente convenuto, perseguono gli obiettivi delineati nel quadro, e nella fase attuativa progressivamente realizzati.

(70) V. in proposito *supra*, par. 6.

XII.

I DIRITTI DI PROPRIETÀ INDUSTRIALE ED INTELLETTUALE NELL'ARBITRATO COMMERCIALE INTERNAZIONALE. L'ESEMPIO DEI CONTRATTI DI TRASFERIMENTO INTERNAZIONALE DI TECNOLOGIA INDUSTRIALE E COMMERCIALE

DI

BERNARDO CORTESE

Dottore di ricerca in Diritto internazionale nell'Università di Firenze
Professore a contratto di Diritto delle Comunità europee nell'Università Ca' Foscari di Venezia

SOMMARIO: I. *Introduzione*. — 1. Premessa. — 2. Caratteristiche dei contratti esaminati e ruolo dell'arbitrato. — II. *Ammissibilità del ricorso all'arbitrato*. — 3. L'arbitrabilità delle controversie aventi ad oggetto diritti di proprietà industriale ed intellettuale. L'esempio del trasferimento di tecnologia. — III. *L'arbitrabilità nel sistema convenzionale*. — 4. Arbitrabilità e controversie transnazionali. — 5. Arbitrabilità delle controversie e Convenzione di New York. — 6. (*Segue*): il nesso tra il dovere di astensione del giudice statale ed il riconoscimento ed esecuzione della decisione arbitrale. — 7. (*Segue*): arbitrabilità e riconoscimento delle decisioni arbitrali: ordinamenti giuridici rilevanti. — 8. (*Segue*): arbitrabilità e dovere di astensione del giudice statale: ordinamenti giuridici rilevanti. — 9. Arbitrabilità e convenzione di Ginevra sull'arbitrato commerciale internazionale. — 10. La legge applicabile all'arbitrabilità della controversia: spunti sistematici e conclusioni intermedie. — IV. *Le soluzioni affermatesi in alcuni ordinamenti stranieri*. — 11. Arbitrabilità e diritti sui beni immateriali. - 11.*i*) Il diritto francese. - 11.*ii*) Il diritto tedesco. - 11.*iii*) La proposta di regolamento sul brevetto comunitario. - 11.*iv*) Il diritto federale USA. - 11.*v*) La soluzione svizzera. — 12. L'applicazione di norme imperative in materia di sviluppo come ostacolo all'arbitrato. — 13. Applicazione del diritto *antitrust* e arbitrabilità: soluzioni europee. - 13.*i*) La cautela del *GWB* tedesco ed i limiti del diritto austriaco. - 13.*ii*) La legge svizzera sui cartelli: l'uscita dal modello tedesco. - 13.*iii*) La soluzione liberale francese. — 14. (*Segue*): applicazione del diritto *antitrust* e arbitrabilità: il diritto federale USA. — V. *L'ordinamento italiano*. — 15. L'arbitrabilità delle controversie nel sistema dei codici e nella giurisprudenza. — 16. Contratti aventi ad oggetto diritti di proprietà industriale ed intellettuale: questioni di nullità o decadenza di brevetti. — 17. Rilevanza della titolarità originaria del diritto d'autore in materia di *software*. — 18. Disponibilità del diritto morale sul *software* alla luce delle convenzioni internazionali in materia di diritto d'autore. — 19. L'arbitrabilità delle questioni che comportano l'applicazione del diritto *antitrust*: dall'ordinamento comunitario... — 20. ... all'ordinamento italiano. — VI. *Il punto di vista degli arbitri*. — 21. Determinazione autonoma degli arbitri in ordine alla compromettibilità. — 22. (*Segue*): alcuni esempi dalla prassi. — VII. *La legge applicabile ai contratti di trasferimento di tecnologia e l'arbitrato*. — 23. La legge applicabile ai diritti sui beni immateriali. — 24. La legge applicabile ai rapporti obbligatori: la volontà delle parti. — 25. La legge applicabile in mancanza di scelta: le norme di conflitto statali e l'arbitrato internazionale. — 26. I regolamenti delle istituzioni arbitrali. — 27. Trasferimento di tecnolo-

gia e applicazione volontaria della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali. — 28. Controversie « non europee ».

Questo studio costituisce esito della partecipazione ad una ricerca cofinanziata dal MURST sotto la direzione della prof. L. Picchio Forlati, con la partecipazione del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università « Ca' Foscari » di Venezia, dell'Università di Roma I « La Sapienza » (prof. Andrea Giardina) e dell'Università Cattolica di Milano (prof. Luca Radicati di Brozolo), e con il contributo della Corte arbitrale nazionale e internazionale di Venezia. Devo un particolare ringraziamento al Max-Planck-Institut für internationales und ausländisches Patent-Urheber- und Wettbewerbsrecht di Monaco di Baviera, per l'ospitalità ed il sostegno che hanno reso possibile questo lavoro.

Indice delle abbreviazioni bibliografiche utilizzate: AIDA, *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo*; AJCL, *American Journal of Comparative Law*; AJIL, *American Journal of International Law*; Annuaire AIPPI, *Association Internationale pour la Propriété Industrielle, Annuaire*; Arb.J., *Arbitration Journal*; ATF/BGE, *Arrêts du Tribunal Fédéral Suisse, Recueil Officiel / Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung / Decisioni del Tribunale federale svizzero, Raccolta Ufficiale*; Cal.WInt.LJ, *California Western International Law Journal*; CMLR, *Common Market Law Review*; Col.JTnL, *Columbia Journal of Transnational Law*; CWResJIntLaw, *Case Western Reserve Journal of International Law*; DA, *Le Droit d'Auteur*; Dir.Comm.Int., *Diritto del commercio internazionale*; ECLR, *European Competition Law Review*; Enc.Dir., *Enciclopedia del Diritto*; Enc.Giur., *Enciclopedia Giuridica Treccani*; ForoIt., *Il Foro Italiano*; GADI, *Giurisprudenza Annotata di Diritto Industriale*; Giur. it., *Giurisprudenza italiana*; Giust. civ. Mass., *Giustizia Civile, Massimario*; Giust. civ., *Giustizia Civile*; Geo.Wash.J.Int.L.Econ., *George Washington Journal of International Law and Economics*; GRURInt., *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*; ICC Court Bulletin, *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*; ICLQ, *The International and Comparative Law Quarterly*; IIC, *International Review of Industrial Property and Copyright Law*; JDI, *Journal du Droit International*; JILE, *The Journal of International Law and Economics*; J.Int.Arb., *Journal of International Arbitration*; Ned.Jur., *Nederlandse Jurisprudentie*; NGCC, *La nuova giurisprudenza civile commentata*; NLCC, *Le nuove leggi civili commentate*; NU Recueil / UNTS, *Nations Unies, Recueil des Traités / United Nations, Treaty Series*; OAS, *Treaty Series, Organization of American States, Treaty Series*; PIBD, *Propriété Industrielle Bulletin Documentaire*; PTCJ, *Bureau of National Affairs' Patent Trademark & Copyright Journal*; RabelsZ, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*; Racc., *Raccolta della Giurisprudenza della Corte e del Tribunale di primo grado: Corte di Giustizia (parte I), Tribunale di primo grado (parte II)*; RCDIP, *Revue Critique de Droit Intenational Privé*; RDInd, *Rivista di Diritto Industriale*; RDIPP, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*; RDProc, *Rivista di Diritto Processuale*; Recueil des Cours, *Recueil des Cours, Académie de Droit International de La Haye / Collected Courses of the Hague Academy of International Law*; Rev.conc.cons., *Revue de la concurrence et de la consommation*; Rev.dr.comm.B, *Revue de droit commercial belge*; Rev.SuisseJur., *Revue suisse de jurisprudence*; Revue Arb., *Revue de l'arbitrage*; Riv.Arb., *Rivista dell'Arbitrato*;

I.

1. La ricerca è dedicata all'approfondimento di alcuni problemi giuridici posti dai contratti relativi a diritti sui beni immateriali, in presenza delle due condizioni seguenti: la fattispecie presenta contatti con due o più ordinamenti, e le controversie relative sono sottratte alla cognizione delle giurisdizioni statali in forza di una convenzione di arbitrato. Si tratta in primo luogo di comprendere quale sia, e quale possa diventare in prospettiva, il ruolo dell'arbitrato in tale settore: se esso sia ammissibile, in quale misura, in quali ordinamenti. Il passo successivo è stabilire quale diritto debba trovare applicazione alle fattispecie transnazionali di trasferimento di tecnologia.

L'oggetto dei contratti della cui disciplina ci si occuperà è da rinvenire nei diritti di brevetto per invenzioni, o simili diritti di esclusiva industriale (1), diritti di marchio, diritto d'autore e diritti connessi, o simili (2), ma anche conoscenze segrete e fornite di intrinseco valore concorrenziale (*know-how*).

Speciale attenzione sarà in particolare dedicata nell'ambito della presente ricerca ai contratti di trasferimento di tecnologia, qui intesi come tutti quei contratti relativi al trasferimento di diritti su beni immateriali, relativi a conoscenze utilizzabili nel processo di produzione industriale ed apportatrici di un vantaggio concorrenziale. Ciò essenzialmente per due motivi. Si tratta, da un lato, di un insieme negoziale che può avere ad oggetto tutte le categorie di diritti su beni immateriali. Dall'altro lato, tali operazioni possono avere un forte impatto sulla struttura della concorrenza e del mercato: la trattazione di simili profili in sede arbitrale solleva, dunque, questioni di grande interesse.

2. I contratti relativi a diritti di proprietà industriale ed intellettuale, ed in particolare i contratti di trasferimento di tecnologia, riuniscono una serie di caratteristiche tali da poter esse-

---

RIW, *Recht der internationalen Wirtschaft*; RMUE, *Revue du marché unique européen*; RTDPC, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*; Ybk.Comm.Arb., *Yearbook of Commercial Arbitration*; ZeuP, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*.

(1) Privative su prodotti medicinali, se diverse dal brevetto per invenzione, diritti su microorganismi, su nuove varietà vegetali, modelli industriali.

(2) Come i diritti sulle topografie dei semiconduttori (*microchips*).

re considerati, almeno in prospettiva, terreno privilegiato di ricorso all'arbitrato.

Innanzitutto, i contratti in parola si segnalano rispetto ad altri tipi di contratti commerciali in ragione della complessità delle questioni di fatto e di diritto che possono sorgere in ordine alla loro esecuzione. Può darsi invero il caso in cui il contenuto dell'accordo si esaurisca nella semplice autorizzazione all'uso, in un determinato Paese, di un'invenzione brevettata, così come descritta nei disegni e nelle descrizioni allegati alla domanda di brevetto nazionale, ed in riferimento alle possibili utilizzazioni cui è fatto riferimento nelle rivendicazioni. Nella normalità dei casi, tuttavia, si tratta di strumenti giuridici destinati a regolare un complesso programma di cooperazione imprenditoriale, di portata industriale, ma frequentemente anche commerciale. La necessità di preservare, per quanto possibile, uno spirito di collaborazione tra le controparti può rendere auspicabile la predisposizione di uno strumento di risoluzione delle controversie più flessibile e meno traumatico rispetto alla giurisdizione contenziosa ordinaria. L'arbitrato, anche in virtù della riservatezza del procedimento, viene incontro a tale esigenza; tale carattere della procedura arbitrale si dimostra tanto più utile in relazione alle controversie in esame, in cui può essere necessario rilevare dati sensibili dell'organizzazione aziendale, sia tecnica sia commerciale.

Frequente è, poi, la contemporanea deduzione in obbligazione di molteplici e diversi beni immateriali. Brevetti per invenzione, modelli, marchi, *know-how* tecnico e commerciale, possono costituire l'oggetto unitario di un contratto di trasferimento di tecnologia nei settori tradizionali dell'industria. Una combinazione di diritti d'autore, brevetti per invenzione, diritti su topografie di semiconduttori, insieme, ancora una volta, a marchi e *know-how*, può venire in rilievo nei diversi settori dell'industria informatica. Ancora, il trasferimento — sia esso temporaneo o definitivo — può avere ad oggetto contemporaneamente una molteplicità di Paesi, ognuno con la sua specifica legislazione in materia di proprietà industriale.

La complessità tanto del contesto giuridico, quanto della prassi commerciale, comporta la necessità di disporre, in caso di controversia, di un *panel* giudicante specializzato.

La perizia del collegio giudicante si dimostra opportuna an-

che in ragione delle frequente tecnicità del contendere (3). Bastino due esempi: ove il contratto abbia ad oggetto un brevetto, può manifestarsi disaccordo in relazione alla possibilità di applicazione industriale dell'invenzione (e dunque in relazione alla validità del brevetto). Analogo problema può sorgere dalla contestata utilità di un *know-how* che sia comunicato in esecuzione del contratto. Spesso, pertanto, la prospettiva di una cognizione affidata al giudice ordinario, soprattutto ove si tratti di una giurisdizione non specializzata, non soddisfa gli attori di questa branca del commercio internazionale, che trovano invece in alcune istituzioni arbitrali la flessibilità e la specializzazione richieste.

II.

3. Il ricorso all'istituto arbitrale incontra dei limiti per quanto riguarda la compromettibilità delle questioni litigiose. Il profilo è di particolare interesse in relazione ai contratti di trasferimento di tecnologia: l'ammissibilità del ricorso ad arbitri può essere posta in dubbio, per determinate controversie, in ragione della natura dei diritti di proprietà industriale ed intellettuale. In materia trovano l'applicazione, infatti, principi normativi potenzialmente contrastanti con il pieno svolgimento della volontà dei privati, in tutte le sue sfaccettature, anche processuali. Se si considerano i diritti di brevetto, in primo luogo, ci si confronta con delle privative riconosciute dai singoli ordinamenti in seguito all'esperimento di una procedura pubblicistica; la titolarità di tali posizioni giuridiche, inoltre, è attestata dalla pubblicazione in registri ufficiali. Per le caratteristiche amministrative del procedimento, per la sussistenza di un sistema di pubblicità, e per le ricadute processuali che spesso vi si ricollegano (4), si può essere indotti a dubitare della compromettibilità delle controver-

(3) Per un'analisi dell'impatto di tale caratteristica sull'istituto arbitrale cfr. HOLTZMANN, *Use of Impartial Technical Experts to Resolve Engineering and other Technological Disputes before Arbitration*, in *Arbitrage commercial, Essais in memoriam Eugenio Minoli*, Torino, 1974, pp. 233-255.

(4) Ad esempio, la partecipazione necessaria del Pubblico Ministero, in alcuni sistemi; l'accentramento della competenza, la previsione di rimedi penali o parapenali, in altri sistemi.

sie in cui sia fatta questione della validità o della decadenza dei brevetti. Per quanto attiene poi ai diritti di proprietà intellettuale riconducibili allo schema del diritto d'autore, si pone il diverso problema dell'attinenza di tali diritti, almeno nella loro componente di diritto morale, alla sfera dei diritti della persona, irrinunziabili ed intransigibili. Tale qualificazione, a sua volta, rende necessario un approccio assai prudente in materia di arbitrabilità delle relative controversie.

Infine, la disciplina dei beni immateriali mette in gioco considerazioni di ordine pubblico, rendendo pertanto problematico il ricorso all'arbitrato. Mancando un corpo materiale, infatti, il bene è rappresentato da un'idea, per sua natura liberamente appropriabile o ripetibile, ma fatta oggetto di esclusiva dal diritto. Ci si muove nel campo delle relazioni interprivate, dunque, ma si interseca in varia misura l'interesse pubblico: se la libertà di iniziativa economica è interessata, lo sono anche la politica di innovazione, scienza e cultura, la politica industriale e di sviluppo, ed infine, nelle relazioni nord-sud, lo stesso problema del legame tra sviluppo e debito estero.

Per tali ragioni i rapporti relativi allo sfruttamento ed al trasferimento di tecnologia possono essere oggetto di valutazione da parte di norme dotate di particolare imperatività, che aspirano a dettare la regolamentazione della fattispecie a prescindere dall'operare delle norme di conflitto. Tale può essere il caso delle norme dettate a tutela della struttura concorrenziale del mercato e dei presupposti di uno sviluppo tecnologico ed industriale corretto e sostenibile.

Gli ordinamenti statali da cui promanano simili norme, potrebbero, in situazioni siffatte, riservare agli organi di giurisdizione statale la conoscenza delle controversie relative, al fine di garantire direttamente l'effettività delle norme suddette.

III.

4. Il problema della compromettibilità in arbitri di una determinata controversia trova soluzioni molteplici. In assenza di precisi obblighi internazionali, infatti, ogni ordinamento giuridico statale è in principio libero di stabilire quali questioni ri-

servare alla conoscenza esclusiva dei propri organi giurisdizionali, e quali invece aprire alla cognizione arbitrale.

Tale libertà trova, peraltro, un primo limite nel principio di effettività. La coesistenza di ordinamenti giuridici statali, portatori di valori diversi e potenzialmente confliggenti, rende incerta la possibilità di successo di una regolamentazione unilaterale dell'arbitrato transnazionale. In un contesto caratterizzato dalla relatività, appare decisiva la concreta incidenza sull'istituto arbitrale delle statuizioni di un ordinamento statale determinato. Ciò è tanto più vero in ragione dei caratteri di tale istituto, che si dimostra capace, nell'attuale fase di globalizzazione dell'economia e delle relazioni commerciali, di fluttuare con una certa disinvoltura tra le discrepanze riscontrabili fra quegli ordinamenti. Proprio in virtù di tale attitudine mimetica del fenomeno arbitrale transnazionale, la determinazione degli stessi arbitri in ordine alla propria legittimazione a decidere assume un rilievo proprio, anche quando si affronti il profilo dell'arbitrabilità dal punto di vista degli ordinamenti statali.

La delimitazione del campo d'azione dell'istituto arbitrale conosce poi un secondo genere di condizionamenti. Si tratta degli obblighi derivanti da convenzioni internazionali: obblighi di varia portata e significato, tutti però miranti a favorire l'utilizzo dello strumento arbitrale nella risoluzione delle controversie interprivate transnazionali (5).

È dall'analisi degli obblighi internazionali in materia di arbitrato che lo studio deve iniziare. Solo una volta che siano individuati gli strumenti giuridico sistematici necessari alla trattazione del problema della compromettibilità in relazione all'arbitrato commerciale transnazionale, ci si confronterà con alcune questioni specifiche sollevate dalle controversie in esame, scendendo ad analizzare le soluzioni seguite nei diversi ordinamenti giuridici, in particolare nell'ordinamento italiano, e l'atteggiamento rinvenibile nella prassi arbitrale.

---

(5) Cfr. innanzitutto la Convenzione delle Nazioni Unite del 1958 e la Convenzione europea del 1961, di cui si tratterà più oltre; ma cfr. anche, tra le altre, la Convenzione ICSID del 1965 (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, istitutiva dell'*International Centre for Settlement of Investment Disputes*, v. NU Recueil / UNTS, vol. 575, p. 159), e la Convenzione Interamericana del 1975 (*Inter-American Convention on International Commercial Arbitration*, v. OAS, Treaty Series, n. 42).

5. La regolamentazione internazionale del fenomeno arbitrale trova la sua manifestazione più rilevante nella Convenzione di New York del 1958 (6). Con essa gli Stati contraenti perseguono l'obiettivo di facilitare lo sviluppo dell'arbitrato internazionale, come mezzo di risoluzione delle controversie interpriva-

---

(6) *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères / Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, fatta a New York il 10 giugno 1958, NU Recueil / UNTS, vol. 330, p. 3. Un'indicazione bibliografica completa relativa alla Convenzione non è qui possibile. Si rimanda, sommariamente, a: BERNARDINI, *L'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 2000, *passim*, spec. pp. 27 ss., 96 ss., 230 ss.; BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen vom 10. Juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche*, Winterthur, 1965; BRIGUGLIO, *Arbitrato estero (Convenzione di New York del 1958)*, Enc. Dir., Aggiornamento, III, Milano, 1999, pp. 215-259; CONTINI, *International Commercial Arbitration. The United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, AJCL, 1959, pp. 283-309; DAVID, *Arbitration in International Trade*, Deventer, 1985, pp. 145-155; DOMKE, *The United Nations Conference on International Commercial Arbitration*, AJIL, 1959, pp. 414-420; FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, 1996, pp. 142-157; *ivi*, p. 143, nt. 335, ulteriori richiami alla dottrina di lingua francese; GAJA (a cura di), *International Commercial Arbitration. New York Convention*, Dobbs Ferry, 1978; KLEIN, *La Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, SJZ/RSJ, 1961, pp. 229-235 e 247-250; LEVINE, *United Nations Arbitral Awards Convention: United States Accession*, Cal.WInt.LJ, 1971, pp. 67-91; LUZZATTO, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di New York del 1958*, RDIPP, 1968, pp. 23-62; LUZZATTO, voce *Arbitrato Commerciale Internazionale*, Dig./civ., sez. comm., vol. I, Torino, 1987, pp. 192-215, spec. pp. 199-202; VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958*, Deventer, 1981; MINOLI, *L'entrata in vigore della Convenzione di New York sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze arbitrali straniere*, RDProc, 1969, pp. 539-572; PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, tomo II, Padova, 2000, p. 353 ss., spec. pp. 366-379; SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, Tübingen, 1989, pp. 43-65; SCHWAB-WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar*, München, 1995, nella parte II (pp. 365-650), *passim*; VAN DEN BERG (a cura di), *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, The Hague, etc., 1999. Ulteriori indicazioni in particolare in GAJA, *International Commercial Arbitration*, cit., e in ZIADE, *Selective Bibliography on the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*, ICSID review, 4, 1989, pp. 434-451.

La Convenzione costituisce uno strumento fondamentale nella vita del commercio internazionale: tra gli Stati di significativo peso commerciale il solo Brasile non vi partecipa.

te, tramite l'affermazione di due principi normativi tra loro strettamente legati.

Da un lato si afferma l'obbligo per gli Stati, ed in particolare i loro organi giurisdizionali, di riconoscere efficacia agli accordi con cui parti private sottopongono controversie presenti o future alla decisione di arbitri; in particolare, si enuncia l'obbligo per i giudici statali di astenersi dall'esercizio della giurisdizione su tali controversie (7). Dall'altro lato gli Stati contraenti si impegnano ad assicurare riconoscimento ed esecuzione alle decisioni arbitrali rese in uno Stato diverso da quello in cui il riconoscimento e l'esecuzione sono richiesti, o comunque ivi non equiparate a lodi nazionali (8).

A tale Convenzione sono ammesse riserve (9); ne è ammessa la denuncia (10); è inoltre espressamente sancita la reciprocità delle concessioni ivi contenute (11).

Quanto alla determinazione della sfera di applicazione della Convenzione, la presenza di una disposizione espressamente a ciò preordinata non elimina i dubbi dell'interprete.

In forza del suo art. I, 1, infatti, la Convenzione trova applicazione in rapporto al riconoscimento ed esecuzione delle decisioni arbitrali rese sul territorio di uno Stato diverso da quello in cui il riconoscimento o l'esecuzione è domandata (12), nonché alle sentenze arbitrali che « non sono considerate nazionali » in quello stesso Stato. Con ciò la Convenzione determina i casi in cui essa spiega i suoi effetti in una soltanto delle direzioni in cui intende operare, quella appunto della circolazione delle decisioni arbitrali.

---

(7) Art. II della Convenzione.

(8) Art. V, art. I.

(9) Art. I, 3.

(10) Art. XIII.

(11) Art. XIV. Cfr. M. YPOUNG-JOON, *The Principle of Reciprocity in the United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of 1958*, CWResJIntLaw, 21, 1989, pp. 123-157.

(12) Ciò indipendentemente dalla partecipazione alla Convenzione dello Stato in cui la decisione è resa. Gli Stati contraenti possono escludere tuttavia dall'ambito di applicazione della Convenzione (più correttamente, della sue disposizioni riguardanti la circolazione delle decisioni arbitrali) le decisioni rese in uno Stato non contraente: art. I, 3. Di tale riserva l'Italia non si è tuttavia avvalsa, a differenza di numerosi altri Stati parte.

La disposizione in parola non chiarisce tuttavia in quali ipotesi gli Stati si siano obbligati a riconoscere effetto derogatorio della giurisdizione statale alle convenzioni arbitrali interprivate, conformemente all'art. II. La considerazione dell'oggetto e dello scopo della Convenzione (13), e l'impossibilità di individuare altrimenti un criterio di delimitazione plausibile (14), impongono di considerare l'ambito di applicazione dell'art. II della Convenzione come esteso a qualsiasi compromesso, o clausola compromissoria, almeno ove la situazione presenti elementi tali da escluderne il carattere *puramente interno* all'ordinamento del giudice adito (15).

---

(13) Secondo la regola ermeneutica enunciata dall'art. 31, 1, della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

(14) Non può valere a tal fine il criterio del luogo di pronuncia della decisione arbitrale, trattandosi principalmente, anche se non esclusivamente, di valutare l'effetto derogatorio della giurisdizione statale in un momento in cui la procedura arbitrale non ha ancora visto la luce. Nemmeno può richiamarsi il criterio della cittadinanza delle parti, che non troverebbe appiglio di sorta nel testo e nello spirito della Convenzione. Non sembra infine appropriato il criterio della nazionalità della procedura, che pur si potrebbe ritenere rilevante in parallelo a quanto disposto dall'art. I, 1, della Convenzione in rapporto al riconoscimento delle decisioni « non nazionali ». L'individuazione della nazionalità della procedura arbitrale in un momento precedente alla sua instaurazione potrebbe infatti risultare spesso impossibile. Inoltre, quand'anche una tale individuazione fosse possibile, limitare alle procedure arbitrali qualificabili come non nazionali l'effetto derogatorio della clausola arbitrale (in quanto imposto dalla Convenzione) comporterebbe una limitazione indebita del potere delle parti di ricorrere all'arbitrato, contraria nel modo e nell'entità allo spirito liberale della Convenzione di New York. Basti a tal fine considerare l'art. I, 1, della stessa. Ivi si individua uno degli obiettivi della regolamentazione internazionale nella circolazione delle decisioni rese nel territorio di uno Stato estero, attribuendo a tal proposito rilevanza alla nazionalità della decisione soltanto nel senso di estendere ad un'ulteriore categoria di decisioni il regime di libera circolazione, non certo di restringerne la portata.

(15) In senso assai più restrittivo cfr. invece LA CHINA, *Intervento*, in AA.VV., *L'arbitrato nelle convenzioni internazionali e nell'ordinamento interno, Incontro di Studio, Roma, 17 novembre 1984*, Rimini, 1985, pp. 111-117, spec. p. 114 s. Secondo quest'Autore, infatti, l'obbligo di riconoscere convenzioni arbitrali previsto all'art. II della Convenzione dovrebbe intendersi esteso ai soli casi in cui dette convenzioni arbitrali « coinvolgono, interessano » ordinamenti di uno o più Stati contraenti — perché intervenute tra parti nazionali di detti Stati, o ivi residenti, ovvero ancora perché la convenzione arbitrale sia retta dalla legge sostanziale di uno Stato contraente — mentre « al di fuori di questa ipotesi non si vede perché l'obbligo pattizio internazionale (...) debba funzionare, e soprattutto non si legge alcunché in tal senso nella convenzione ».

Nel quadro normativo così delineato, il profilo dell'arbitrabilità rileva in senso eminentemente negativo, quale limite all'apertura imposta dalla Convenzione nei confronti dell'istituto arbitrale. L'art. II, infatti, fa dell'inarbitrabilità della questione litigiosa elemento sufficiente ad escludere il dovere di astensione del giudice statale adito sul merito della controversia. L'art. V, del pari, individua in tale carattere un limite alla circolazione delle decisioni arbitrali, elevando l'inarbitrabilità a causa di rifiuto del riconoscimento e dell'esecuzione.

Mentre la seconda delle disposizioni ora citate individua con precisione le leggi alla stregua delle quali deve valutarsi la questione dell'arbitrabilità, tanto non vale per l'art. II. Ivi si prevede che l'obbligo di uno Stato di riconoscere effetto ad una convenzione arbitrale vale unicamente per le controversie « *portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage* »: non si indica tuttavia espressamente il diritto alla stregua del quale deve operarsi detta valutazione. Il quesito non riceve risposta nemmeno al par. 3 dello stesso articolo, in forza del quale il giudice adito sul merito della controversia ha l'obbligo di astenersi, salvo che la convenzione arbitrale non sia « *caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée* ».

6. Per stabilire quale diritto il giudice debba applicare al fine di determinare la natura compromettibile o meno della controversia che gli è sottoposta, ed in relazione alla quale le parti hanno previsto contrattualmente la competenza di un'istanza arbitrale, è necessaria un'analisi sistematica e teleologica della Convenzione. In particolare va tenuto presente il nesso che lega il profilo della circolazione delle decisioni arbitrali a quello del rispetto della convenzione di arbitrato (che si tratti di clausola compromissoria o si tratti di compromesso) (16).

Il momento della circolazione del lodo ha infatti un antecedente necessario nell'astensione del giudice statale, eventualmente richiesto di pronunciarsi sul merito pur in presenza di una

---

(16) Cfr. nello stesso senso, Corte di cassazione, Sezioni Unite, 27 aprile 1979, n. 2429, *Co.ge.co. c. Piersanti*, ForoIt., 1980, I, col. 190-194. Per un'interpretazione parallela degli artt. II e V della Convenzione v. anche GAJA, *La deroga alla giurisdizione italiana*, Milano, 1971, p. 127 ss. *Contra* tuttavia BRIGUGLIO, *Arbitrato estero*, cit., p. 230, per il quale una simile scelta ermeneutica è invece inopportuna.

convenzione arbitrale. Ove questa astensione non si dia, infatti, nessuna decisione arbitrale potrà poi verosimilmente essere riconosciuta nello Stato, i cui organi giurisdizionali abbiano ritenuto sussistere la propria giurisdizione sulla medesima controversia, tra le medesime parti. Ancora, ove una decisione della giurisdizione nazionale in questione si verifichi prima dell'eventuale decisione degli arbitri, la circolazione del lodo potrebbe altresì essere pregiudicata dalla possibile circolazione della sentenza statale in altri ordinamenti statali, a ciò eventualmente tenuti da precisi obblighi internazionali (17).

Di converso, la convenzione arbitrale che non possa portare, nell'ordinamento del giudice adito, alla soluzione della controversia, tanto meno può assurgere al rango di impedimento all'esercizio della giurisdizione del giudice statale; il rifiuto di trattare una questione, motivato dalla sussistenza di un compromesso o di una clausola compromissoria il cui frutto non potrà produrre alcun effetto nell'ordinamento del giudice richiesto, equivarrebbe infatti ad un diniego di giustizia (18), come tale inammissibile nel nostro sistema (19) e in tutti quelli fondati sui principi del 1789.

Il giudice adito sul merito di una controversia rispetto alla quale sussista una convenzione arbitrale dovrà, dunque, tenere conto della connessione logica e funzionale che sussiste tra il concetto di arbitrabilità della controversia ai fini dell'art. II della Convenzione, e quello di arbitrabilità come presupposto per il riconoscimento di una decisione arbitrale, *ex* art. V; l'un concet-

---

(17) Si pensi ad una sentenza resa da un giudice di uno Stato membro della CE, dunque parte della Convenzione di Bruxelles del 1968 sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze straniere — nonché, a partire dal 2002, vincolato a dare applicazione al regolamento comunitario 44/2001 che ne incorpora il regime — o di uno Stato parte della parallela Convenzione di Lugano del 1988. Sul problematico regime del riconoscimento di decisioni rese in uno Stato parte nonostante l'esistenza di una clausola arbitrale cfr. p.e. AUDIT, *L'arbitre, le juge et la Convention de Bruxelles*, in *Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Paris, 1994, pp. 15-29.

(18) Così sostanzialmente anche Cass., Sez. Un., n. 2429/1979, cit.: « nell'ambito di uno stesso ordinamento la legge applicabile in ciascuno dei due momenti », quello dell'accertamento della competenza giurisdizionale e quello dell'esecuzione, « deve essere identica, perché altrimenti all'interno di esso la parte vittoriosa potrebbe rimanere priva di tutela », *ivi*, col. 194.

(19) Cfr. l'art. 24 Cost.

to andrà ricostruito sulla falsariga dell'altro, anche per il profilo del diritto o dei diritti chiamati a regolare la questione.

7. Non è necessario occuparsi in questa sede del regime complessivo a cui è sottoposto il diniego di esecuzione di una sentenza arbitrale ai sensi dell'art. V della Convenzione di New York. L'attenzione andrà incentrata, piuttosto, sul rilievo che assume il requisito dell'arbitrabilità, mettendo in luce, in particolare, il coordinamento che la Convenzione stabilisce a tal fine tra gli ordinamenti giuridici statali potenzialmente rilevanti.

In forza dell'art. V sussistono due categorie di motivi che giustificano il rifiuto di riconoscimento ed esecuzione di una decisione arbitrale ricompresa nell'ambito di applicazione della Convenzione di New York: gli uni, rilevabili d'ufficio dal giudice richiesto del riconoscimento ed esecuzione; gli altri, per contro, a domanda di parte. L'inarbitrabilità della controversia soggiace volta a volta all'una come all'altra disciplina, a seconda dell'ordinamento giuridico alla stregua del quale la valutazione è raggiunta.

Spicca innanzitutto il ruolo riconosciuto alla *lex fori*. L'inarbitrabilità di una controversia alla stregua di tale legge è infatti rilevabile d'ufficio dal giudice (20). Leggi diverse vengono in considerazione unicamente a domanda di parte.

L'inarbitrabilità è motivo sufficiente a giustificare il rifiuto d'esecuzione ove prevista dalla legge cui le parti hanno sottoposto la convenzione arbitrale, o, in mancanza di tale scelta, dalla legge del luogo in cui la decisione arbitrale è stata resa (21).

Vengono poi in considerazione quegli ordinamenti giuridici in cui l'inarbitrabilità della controversia sia motivo di annullamento della decisione arbitrale. Si tratta — ancora una volta — dell'ordinamento dello Stato in cui è resa la decisione arbitrale, e dello Stato al cui diritto l'arbitrato è stato sottoposto. L'annul-

(20) Art. V, par. 2, lett. (*a*), della Convenzione.

(21) Art. V, par. 1, lett. (*a*). Per alcune osservazioni in ordine al modo di determinazione del *locus arbitrationis* cfr. SANDERS, *Trends in the Field of International Commercial Arbitration*, Recueil des Cours, 145, 1975 - II, pp. 205-296, p. 273. V. anche BRIGUGLIO, *Arbitrato estero*, cit., pp. 239, 246 s., secondo il quale tale criterio geografico è « soltanto indicativo, e in realtà estensibile ad ogni possibile criterio di appartenenza dell'arbitrato ».

lamento pronunciato in detti Stati, infatti, determina la possibilità che sia negato, a domanda di parte, il riconoscimento della decisione arbitrale. Starà alla *lex annullationis* la scelta tra una soluzione autonoma del problema, tramite una norma processuale di applicazione immediata, ed il rinvio ad altra legge.

8. Come s'è detto poc'anzi, l'individuazione della legge applicabile all'arbitrabilità ai fini dell'astensione del giudice statale (art. II) deve essere coerente con lo schema individuato in relazione all'art. V (22).

Un ruolo va riconosciuto così alla legge del foro, così pure alla legge a cui le parti hanno sottoposto la convenzione arbitrale, ed infine alla legge dello Stato in cui è resa la decisione arbitrale. La « forza relativa » delle statuizioni poste in detti ordinamenti non è tuttavia uniforme.

In posizione del tutto preminente si trova la *lex fori*. Rispetto ad essa, infatti, nessuna limitazione esplicita si desume dalla lettera della Convenzione. Inoltre, la rilevanza dell'inarbitrabilità secondo una legge diversa dalla *lex fori* — in parallelo a quanto previsto dall'art. V, par. 1 — è subordinata all'inesistenza, nell'ordinamento del giudice adito, di una regola di maggior favore per il riconoscimento della decisione arbitrale (23).

Di più, non è affatto detto che le parti si premurino di indicare una legge competente a regolare la validità della convenzione arbitrale: si tratta, anzi di un'evenienza piuttosto infrequente. Quanto poi alla legge del luogo in cui la decisione arbitrale è resa, questa acquista rilievo ove manchi tale scelta di legge (cfr. art. V, 1, *a*). Il suo ruolo è dunque soltanto sussidiario.

---

(22) Non è corretto, per le ragioni che si sono esposte supra, § 6, leggere nell'art. II un rinvio implicito alla sola *lex fori*: ciò sembra invece presupporre MAYER, *L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence*, Recueil des Cours, 217, 1989 - V, pp. 319-454, spec. p. 364 s., quando ascrive l'art. II al dominio delle *règles substatielles*, diversamente dall'art. V, *règle de conflit de lois*. Secondo BRIGUGLIO, *Arbitrato estero*, cit., p. 233, è invece ormai prevalente l'opinione di chi ritiene un rinvio internazionalprivatistico presupposto dall'art. II.

(23) Argomenta *ex* art. VII Convenzione di New York. Tale interpretazione è stata fatta propria dalla *Cour de Cassation* francese, *1.re Ch. Civ.*, nella decisione del 9 ottobre 1984, *Norsolor*, RCDIP, 1985, p. 551, e JDI, 1985, p. 679. Sull'art. VII v., in generale, BRIGUGLIO, *Arbitrato estero*, cit., p. 227 ss. Cfr. inoltre sul punto le osservazioni svolte *infra*, § 25; *ivi* anche ulteriori riferimenti alla prassi.

Non è invece possibile instaurare un parallelo con l'art. V, par. 1, lettera (*e*), seconda ipotesi, della Convenzione di New York, né in relazione alla legge del luogo di pronuncia del lodo, né in relazione alla legge applicabile all'arbitrato. Il rifiuto d'esecuzione di cui all'art. V, 1, (*e*), seconda ipotesi, è infatti subordinato ad una sentenza di annullamento, resa nello Stato in cui è intervenuta la decisione o, rispettivamente, nello Stato il cui diritto è stato applicato alla procedura. L'art. V, 1, (*e*) non contiene dunque un semplice rinvio ad un diritto straniero come applicabile; si tratta piuttosto di un rinvio ad un ordinamento e dunque d'un riconoscimento della competenza delle autorità giudiziarie di quello, individuate come esclusivamente competenti ad annullare la decisione degli arbitri (24), sì da escludere qualsiasi circolazione di quella. Il giudice adito nel merito, pertanto, non può sostituirsi a quelle autorità.

Fatta salva la regola di maggior favore di cui all'art. VII della Convenzione, da quanto sin qui osservato discende il seguente quadro normativo: la natura arbitrabile della controversia va determinata mediante un'applicazione potenzialmente cumulativa della *lex fori* e di un'altra legge: a seconda dei casi, quella indicata dalle parti come applicabile alla convenzione arbitrale o, in mancanza di scelta, quella dello Stato in cui è pronunciata la sentenza arbitrale (25).

---

(24) Il testo della Convenzione è affatto chiaro nello stabilire che riconoscimento ed esecuzione saranno rifiutati solo nel caso in cui la parte interessata fornisca la prova che « *... la sentence... a été annulée ou suspendue par une autorité compétente du pays dans lequel, ou d'après la loi duquel, a été rendue* ».

(25) Per l'applicazione cumulativa della *lex fori* e della legge regolatrice della clausola compromissoria cfr. BERTHEAU, *Das New Yorker Abkommen*, cit., p. 38 s.; SCHWAB, *Schiedsgerichtsbarkeit*, München, 1979, p. 342; SCHLOSSER, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 2, Tübingen, 1989, n. 312. Sembra invece esprimersi per l'applicabilità della sola *lex fori* LUZZATTO, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di New York del 1958*, RDIPP, 1968, pp. 27-62, p. 42. Quella così raggiunta non è tuttavia che una conclusione intermedia: a p. 46 si osserva infatti che la preclusione della giurisdizione statuale in presenza di un accordo arbitrale, si determina « in quanto il compromesso o la clausola compromissoria possano dar luogo ad un valido procedimento arbitrale secondo le norme dell'ordinamento che lo disciplina ». Cfr. inoltre ID., *International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States*, Recueil des Cours, 157, 1977 - IV, pp. 1-120, pp. 40, 42 s., per il rilievo, accanto alla *lex fori*, della legge della procedura arbitrale: con tale espressione si intende tutta-

Non è affatto detto, tuttavia, che l'arbitrabilità possa essere effettivamente vagliata tramite l'applicazione cumulativa di più leggi: quei criteri di rinvio ad ordinamenti diversi dalla *lex fori* che si desumono dal sistema della Convenzione, infatti, possono rivelarsi in molti casi inutilizzabili.

Quanto al luogo in cui è resa la decisione arbitrale, è verosimile che il giudice statale davanti al quale è portata la questione non possa fare utilmente ricorso a tale criterio per determinare l'arbitrabilità della controversia. Il criterio in parola troverà concretizzazione solo ove gli arbitri si siano già pronunciati sul merito della controversia. Nella normalità dei casi, per contro, il giudice nazionale sarà investito della controversia, ad iniziativa di una parte, prima che la medesima questione sia portata davanti agli arbitri su impulso della controparte; comunque prima che sia intervenuta una decisione arbitrale sul merito.

Quanto al collegamento volontario, non accade poi così di frequente che le parti della controversia sottomettano esplicitamente la convenzione arbitrale ad una determinata legge. Ciò potrà verificarsi forse in relazione ad un compromesso, allorché le parti si accordino per la soluzione in via arbitrale di una controversia già sorta. Molto meno frequente sarà una scelta di legge relativa alla clausola compromissoria inserita in una più ampia regolamentazione negoziale.

Si tratta allora di stabilire se, in assenza di un'esplicita sta-

---

via unicamente la legge a cui le parti abbiano deciso di sottoporre la procedura; in assenza di scelta, il giudice non dovrebbe nemmeno porsi il problema della validità. Ciò in quanto « *a different solution... would run contrary to the absence of any specific rule in Article II as to the law governing validity of the clause, and to the general character of the New York Convention with regard to international commercial arbitration as a social institution* », tanto più se si compara il silenzio dell'art. II con l'espressa regolamentazione dell'art. V.1.*a*. Cfr. anche p. 43 s., in cui l'A. attribuisce rilievo all'impossibilità di eseguire la decisione arbitrale nel Paese del foro: ma, allora, viene in conto proprio un'interpretazione parallela degli art. II e V, come si cerca qui di sostenere. Secondo GAJA, *La deroga della giurisdizione*, cit., p. 226 ss., il requisito dell'arbitrabilità della controversia, ai fini dell'art. II, è da sottoporre alla *lex fori* (p. 226); tuttavia assumono rilievo in via indiretta « i requisiti relativi alla natura della controversia che incidono sulla possibilità che si formi una sentenza arbitrale straniera riconoscibile e che sono posti da ordinamenti diversi da quello dello Stato contraente destinatario dell'obbligo di ammettere la deroga » (nota 57, p. 227 s.).

tuizione delle parti, tale scelta possa desumersi da altri elementi (26).

La risposta a tale quesito non può essere univoca. L'inserzione nel contratto di una generica clausola di scelta della legge applicabile, che non distingua tra merito della controversia e aspetti relativi alla convenzione arbitrale, deve ritenersi in linea di principio estesa ad entrambi tali profili, risultando determinante anche ai fini dell'arbitrabilità della controversia, ove la clausola compromissoria acceda al medesimo contratto in cui le parti hanno previsto la clausola di scelta di legge (27).

Si potrebbe dubitare della correttezza di una simile soluzione, alla luce del principio di autonomia della clausola compromissoria. Tuttavia una tale obiezione è superabile. Di autonomia della clausola compromissoria si parla infatti in relazione ad un problema del tutto diverso: quello, cioè, della giustificazione del potere di cognizione degli arbitri in relazione alla validità del contratto da cui essi derivano la propria investitura (28). L'autonomia della clausola compromissoria non è dunque un principio assoluto, che escluda qualsiasi comunanza di regime giuridico tra contratto principale e clausola arbitrale ad esso accessoria.

---

(26) Le opinioni espresse in dottrina sul punto sono varie. Cfr.: BREDIN, *La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, JDI, 1960, p. 1002 ss., p. 1020; FOUCHARD, *L'arbitrage commercial international*, 1965, n. 115; KLEIN, *La Convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, Rev.Suisse-Jur., 1961, p. 229 ss., p. 247; VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention*, cit., p. 293.

(27) In tal senso FOUCHARD, *ibidem*.

(28) Cfr. art. 808, comma 3, c.p.c. Sul principio cfr., senza pretesa di completezza: BRIGUGLIO-FAZZALARI-MARENGO, *La nuova disciplina dell'arbitrato*, Milano, 1994, pp. 24-25; CRISCUOLO, *Ancora sulla compromettibilità in arbitri della questione di nullità del contratto per illiceità*, nota a Tribunale di Milano, sentenza 14 aprile 1997, Riv.Arb., 1998, pp. 275- 281; GIARDINA, *Arbitrato*, IX, *Arbitrato internazionale*, Enc.Giur., vol. II., Agg.to 1995, p. 2; MARINI, *Note in tema di autonomia della clausola compromissoria*, Riv.Arb., 1993, p. 409 ss.

Cfr. anche l'affermazione della *Cour de cassation* francese nella sentenza *Gosset* del 7 maggio 1963, in JDI, 1964, pp. 82-87, p. 84, secondo la quale « *l'accord compromissoire (...) présente toujours, sauf circonstances exceptionnelles (...), une complète autonomie juridique,* excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte » (il corsivo è aggiunto). Ulteriori riferimenti di giurisprudenza straniera in GIARDINA, *op. loc. ult. cit*. Sull'accettazione del principio nella gran parte degli ordinamenti giuridici cfr., anche per ulteriori riferimenti, FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *Traité*, cit., pp. 213-234, spec. pp. 218-222.

Meno certo è il rilievo di una clausola di scelta di legge di tenore generico, quando il contratto in cui è stipulata non contenga previsioni in ordine alla competenza a risolvere le controversie da questo nascenti, e le parti si siano risolute a compromettere in arbitri solo successivamente. Se nel caso di clausola compromissoria si tratta di interpretare una volontà comunque espressa dalle parti, nell'ipotesi di compromesso successivamente stipulato la volontà delle parti non si è manifestata, in relazione al profilo qui rilevante. Estendere la portata della generica clausola di *electio iuris* anche al compromesso sarebbe operazione di integrazione della volontà delle parti, individuazione di una volontà presunta. Il ricorso a tale finzione esula dalla lettera della Convenzione, ed anzi andrebbe contro lo spirito di quella, limitandone senza necessità l'attitudine liberale nei confronti dell'arbitrato commerciale transnazionale.

Una scelta della legge applicabile alla convenzione arbitrale può leggersi piuttosto, seppur non sempre, nella scelta delle parti in ordine alla sede dell'arbitrato (29). In tale scelta, infatti, è spesso implicita la sottoposizione dell'intera procedura all'ordinamento della sede. Ciò è vero senz'altro nel caso della fissazione della sede in Italia, secondo quanto si può desumere dall'art. 816 c.p.c. Non altrettanto può forse dirsi della fissazione di una sede neutrale ed usuale per l'arbitrato commerciale internazionale, parallelamente alla sottoposizione della procedura ad un regolamento di un'istituzione arbitrale. In tale ipotesi, infatti, la sede dell'arbitrato è fissata avendo a mente non tanto l'ordinamento nazionale, quanto piuttosto l'istituzione arbitrale rilevante (30).

Meno accettabile sembra invece desumere la scelta della legge applicabile alla disciplina della clausola da altri indizi, quale ad esempio la lingua in cui è formulata.

9. La Convenzione di Ginevra del 1961 sull'arbitrato commerciale internazionale (31), come è noto, costituisce uno

---

(29) Ad avviso di SANDERS, *Trends*, cit., p. 273, se le parti hanno scelto *expressis verbis* la sede dell'arbitrato « this determination... also determines the applicable (national) arbitration law ».

(30) Si pensi, ad esempio, alla scelta di Parigi come sede di un arbitrato amministrato dalla CCI.

(31) *Convention européenne sur l'arbitrage commercial international / Euro-*

strumento in certa misura accessorio alla Convenzione di New York, di cui rappresenta un approfondimento (32).

L'art. VI della Convenzione di Ginevra, introducendo una disciplina più completa e dettagliata rispetto all'art. II, par. 3, della Convenzione di New York, si preoccupa di individuare direttamente gli ordinamenti rilevanti al fine di valutare la fondatezza dell'eccezione di arbitrato, sollevata davanti alla giurisdizione di uno Stato contraente. La disposizione convenzionale europea conferma l'impianto normativo che s'è ricostruito in relazione alla Convenzione di New York, introducendo un elemento di novità, che apre, a sua volta, nuovi problemi interpretativi.

Ai sensi dell'art. VI, comma 2, il giudice di uno Stato contraente, chiamato a pronunciarsi sull'esistenza o la validità di una convenzione arbitrale per motivi diversi dall'incapacità delle parti, farà applicazione della legge cui le parti hanno sottoposto la convenzione suddetta. In mancanza di scelta si farà ricorso alla legge del Paese in cui è pronunciata la decisione degli arbitri. Qualora infine, nel momento in cui la questione è sottoposta al giudice statale, non si possa prevedere in quale Paese sarà resa la decisione, si applicherà la legge *compétente en vertu des règles de conflit du tribunal saisi*. Quando la validità della convenzione arbitrale sia messa in dubbio in ragione della pretesa inarbitrabili-

---

pean Convention on International Commercial Arbitration, fatta a Ginevra il 21 aprile 1961, NU Recueil / UNTS, vol. 484, p. 349.

La Convenzione fu adottata da una conferenza intergovernativa cui presero parte ventuno Stati europei, per pronunciarsi su un progetto elaborato in seno alla Commissione Economica per l'Europa delle Nazioni Unite.

Sulla Convenzione cfr. KAISER, *Das europäische Übereinkommen über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit vom 21. April 1961*, Zürich, 1967; LUZZATTO, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la Convenzione di Ginevra del 1961*, RDIPP, 1971, pp. 47-82; MEZGER, *Das europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, RabelsZ, 1965, pp. 231-301; PUNZI, *Disegno*, II, cit., p. 353 ss., spec. pp. 379-387.

(32) La complementarietà della Convenzione di Ginevra rispetto alla Convenzione di New York non emerge necessariamente da dati strettamente formali, ma è evidente nella sostanza delle disposizioni. Il Preambolo della Convenzione di Ginevra fa comunque esplicito riferimento all'avvenuta conclusione della Convenzione di New York. Cfr. sul punto KLEIN, *La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international*, RCDIP, 1962, pp. 621-640, p. 621; VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention*, cit., p. 94 s. Sull'origine della Convenzione europea cfr. FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *Traité*, cit., p. 157.

tà della controversia, poi, il comma 2 dello stesso paragrafo precisa che il giudice potrà fare applicazione della legge del foro.

La novità introdotta dalla Convenzione del 1961 sta, dunque, nel riferimento ad un'ulteriore legge — individuata per il tramite del diritto internazionale privato del foro — le cui statuizioni andranno a sovrapporsi a quelle della *lex fori*, per il caso in cui manchi un'indicazione delle parti in ordine alla legge applicabile alla convenzione arbitrale, né sia possibile prevedere in quale Paese sarà resa la decisione degli arbitri (33).

L'individuazione delle regole di conflitto relative alla clausola compromissoria non è però compito agevole. Se alcune legislazioni nazionali comprendono una norma di conflitto *ad hoc* (34), in altri ordinamenti, tra cui quello italiano, tale norma di conflitto deve essere desunta in via interpretativa dal sistema.

Si pone innanzitutto un problema di qualificazione: la validità della convenzione arbitrale è questione negoziale, o piuttosto questione attinente alla procedura arbitrale?

La seconda delle alternative sopra menzionate è insoddisfacente e va scartata. Non di procedura si discute, ma della validità o meno del negozio arbitrale. Di più: la sottoposizione della questione alla legge della procedura arbitrale, e dunque, nella normalità dei casi, alla legge della sede dell'arbitrato, non può costituire un'alternativa al criterio del luogo di decisione. Ove sia fissata una sede dell'arbitrato, infatti, sarà anche possibile prevedere in quale Stato la decisione sarà resa, ai sensi della disposizione in commento (35). Il criterio sussidiario in questione va individuato diversamente.

---

(33) Si ipotizza con ciò un'attività prognostica, quasi profetica, del giudice adito. Già la lett. (*b*) del par. 2 fa riferimento del resto non già al luogo ove la sentenza *à eté rendue*, come invece la Convenzione di New York, bensì al luogo in cui essa *doit être rendue*; la lett. (*c*), poi, fa riferimento all'impossibilità di *prévoir* tale luogo. Sembra che la discrezionalità del giudice, in tale contesto, debba essere usata con somma cautela.

(34) Così ad esempio la legge svizzera di diritto internazionale privato, all'art. 178, n. 2: « il patto (di arbitrato) è materialmente valido se conforme al diritto scelto dalle parti, al diritto applicabile all'oggetto litigioso, segnatamente a quello applicabile al contratto principale, o al diritto svizzero ».

(35) Ove le parti abbiano scelto la sede della procedura, e non vi sia scelta espressa delle legge applicabile alla procedura stessa, ci si dovrà chiedere, semmai, se la legge dello Stato della sede non sia da applicare già a titolo di *lex voluntatis*.

Conviene dunque concludere che la legge applicabile alla convenzione arbitrale, in quanto negozio ad effetti obbligatori, si determinerà per il tramite delle norme di conflitto del foro in materia di obbligazioni contrattuali.

Una tale conclusione, tuttavia, non risolve affatto il problema, negli ordinamenti degli Stati parte alla Convenzione di Roma del 1980 (36). Questa, infatti, esclude dal proprio ambito di applicazione proprio i compromessi e le clausole compromissorie (37). Soccorre allora, nell'ordinamento italiano, l'art. 57 della legge di riforma del diritto internazionale privato, ai sensi del quale le obbligazioni contrattuali sono *in ogni caso* regolate dalla Convenzione di Roma. Si apprezza qui uno dei casi in cui il rinvio in ogni caso alle regole convenzionali acquista significato pratico (38).

Non rileva, in questa sede, il richiamo per tal via effettuato alla *lex voluntatis*: quello della volontà delle parti è, infatti, il primo criterio che la Convenzione di Ginevra accoglie per individuare la legge applicabile alla convenzione arbitrale. Si dovrà pertanto fare applicazione del metodo di collegamento enunciato all'art. 4 della Convenzione di Roma.

Ci si confronta qui con uno di quei casi di *dépeçage* presi in considerazione dall'art. 4, par. 1, secondo periodo, della Con-

---

(36) Convenzione sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, aperta alla firma a Roma il 19 giugno 1980, in *GUCE* n. L 266 del 9 ottobre 1980, pp. 1-19.

(37) Art. 1, par. 2, lett. (*d*).

(38) Cfr. nello stesso senso: BENEDETTELLI, sub *Art. 57*, in BARIATTI e altri, *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (l. 31 maggio 1995, n. 218), Commentario*, NLCC, 1996, pp. 877-1505, pp. 1360-1390, spec. p. 1377 s.; BOSCHIERO, *Obbligazioni contrattuali (diritto internazionale privato)*, Enc.Dir., Aggiornamento, IV, Milano, 2000, pp. 801-854, p. 846 s.; MOSCONI, *Diritto Internazionale Privato e Processuale*, I, Torino, 1997, p. 89. Il rinvio « in ogni caso » sarebbe invece privo di ogni effetto, se non « narrativo » secondo PICONE, *Le convenzioni internazionali nella legge italiana di riforma del diritto internazionale privato*, in SALERNO (a cura di), *Convenzioni internazionali e legge di riforma del diritto internazionale privato*, Padova, 1997, pp. 377-415, spec. p. 406 s.

Sugli effetti del rinvio in ogni caso alla Convenzione, senza pretesa di completezza, *adde*: DAMASCELLI, *Il rinvio « in ogni caso » a convenzioni internazionali nella nuova legge sul diritto internazionale privato*, RDI, 1997, pp. 78-103; FORLATI PICCHIO, *Le obbligazioni contrattuali*, in SALERNO, *Convenzioni internazionali*, cit., pp. 113-131, *passim*; GIARDINA, *Il rinvio alle convenzioni di diritto internazionale privato e processuale*, *ivi*, pp. 3-20, spec. pp. 11-13.

venzione. La clausola compromissoria rappresenta infatti, quasi per definizione, una parte del contratto separabile dalle altre clausole; quanto al compromesso, il carattere autonomo rispetto alla regolamentazione del rapporto sottostante appare ancora più evidente.

La convenzione arbitrale, per sua struttura, effetti e finalità, non concede alcun ruolo alla presunzione di cui al par. 2 dell'art. 4. Si dovrà, per tanto, far ricorso alla previsione generale del par. 1, procedendo all'individuazione della legge con cui la convenzione arbitrale presenta il collegamento più stretto.

Una volta esclusa la rilevanza della sede arbitrale, e data la natura e gli effetti della convenzione arbitrale, ed in particolare il suo potenziale, seppur mediato, effetto di disapplicazione di norme internazionalmente imperative dell'ordinamento statale che aspira a disciplinare la fattispecie, si impone, nell'individuazione del collegamento più stretto, un metodo analogo a quello conosciuto oltreoceano come *(comparative) impairment approach*. La legge applicabile alle condizioni di validità della clausola arbitrale dovrà essere pertanto individuata nell'ordinamento i cui interessi fondamentali, in relazione al tipo contrattuale, o al diverso rapporto giuridico rilevante nel caso concreto, sono significativamente (o più significativamente, se vengono in considerazione più ordinamenti) messi in causa.

In relazione ai contratti aventi ad oggetto diritti di proprietà industriale (siano questi privative assolute di tipo brevettuale, o *know-how* giuridicamente protetto) tale metodo comporta l'applicazione della legge dello Stato nel quale, o per il quale (39), il diritto di proprietà industriale è concesso e sul cui mercato il bene immateriale è utilizzato (*lex loci protectionis*). È quell'ordinamento, infatti, il più direttamente interessato dalla regolamentazione che le parti danno ai loro rapporti reciproci, soprattutto in quanto questa può avere una ricaduta sulle scelte

(39) Si rammenti la possibilità di rilascio di un brevetto sovranazionale, da parte di un'Istituzione comune a più Stati, in forza di una convenzione o di altro strumento internazionale: in tal caso il brevetto (per invenzione, per marchio...) è valido per il territorio di ognuno degli Stati parte alla disciplina internazionale rilevante, pur non essendo rilasciato nello Stato dalle autorità di quello. Cfr. p.e. la Convenzione sulla concessione di brevetti europei (Monaco di Baviera, 1973) o il Regolamento 40/94/CE sul marchio comunitario.

di fondo in materia di politica industriale, di innovazione e sviluppo, sull'assetto del mercato.

10. Quale che sia il regime convenzionale applicabile, il giudice statale che debba pronunciarsi sull'arbitrabilità di una controversia sarà dunque chiamato ad applicare il diritto del foro, ed eventualmente un ulteriore diritto, cumulativamente. L'approccio scelto dalle due Convenzioni lascia allora un margine significativo di intervento agli ordinamenti nazionali. Si è ben lontani da una completa liberalizzazione e denazionalizzazione del fenomeno dell'arbitrato commerciale transnazionale.

Pure se plasmato dalla prudenza, tuttavia, lo spirito di entrambi questi strumenti internazionali è chiaramente liberale nei confronti dell'arbitrato, di cui anzi auspica la diffusione. Di tale scelta di fondo si deve tenere conto nell'interpretazione delle norme rilevanti. Ove l'arbitrato metta in questione interessi del commercio internazionale, e non possa essere considerato dunque puramente interno, la valutazione del giudice di uno Stato contraente deve ispirarsi ad un criterio di ampia accettazione dell'istituto arbitrale come strumento per la soluzione delle controversie; di converso, i limiti posti al ricorso all'arbitrato devono essere intesi in maniera restrittiva.

Un'interpretazione rispettosa dell'armonia del sistema, poi, impone una lettura delle norme dettate a regolamentazione dell'arbitrato commerciale transnazionale nell'ambito del più ampio sistema normativo che l'ordinamento giuridico del foro pone a garanzia della sua apertura e coordinamento verso l'esterno.

Così, le norme del foro in materia di arbitrabilità, ove colleghino la compromettibilità alla disponibilità dei diritti in controversia, non potranno essere ricostruite alla luce del principio di autonomia della volontà nei limiti in cui esso opera per le fattispecie interne. Sarà determinante, piuttosto, il principio di rilevanza della volontà delle parti come criterio di collegamento internazionalprivatistico, quale risulta dal sistema delle norme di conflitto. I limiti all'esplicarsi della volontà privata, anche nel suo momento transattivo, dunque, non dovranno essere visti nelle norme inderogabili dalla volontà delle parti nell'esercizio dell'autonomia contrattuale (norme imperative semplici, o di ordine pubblico interno), bensì piuttosto e soltanto in quelle norme e principi inderogabili dalla volontà delle parti nella sua funzione

di rinvio ad ordinamenti e sistemi di norme esterni. La volontà transattiva, in quanto espressa in una convenzione arbitrale relativa ad un rapporto giuridico non puramente interno, dunque, potrà essere disattesa solo se le norme del foro che statuiscono l'indisponibilità del diritto hanno carattere internazionalmente imperativo.

Parallelamente, il metro sulla cui base decidere della rilevanza di disposizioni straniere sull'arbitrabilità della controversia, non dovrà essere significativamente diverso da quello che il sistema di diritto internazionale privato adotta per determinare la rilevanza di norme internazionalmente imperative straniere (40).

Una tale conclusione trova conforto anche nel sistema delle Convenzioni internazionali rilevanti. L'arbitrabilità costituisce, infatti, un limite esterno all'obbligo convenzionale di astensione degli organi giudiziari nazionali, nonché all'obbligo di riconoscere la decisione arbitrale. È lasciato agli Stati membri stabilire l'entità di tale limite. Per ciò stesso, esso deve essere configurato come eccezionale. Diversamente si dovrebbe concludere che con le Convenzioni di New York e di Ginevra gli Stati non hanno inteso affatto vincolarsi, restando liberi di erodere unilateralmente il contenuto del proprio impegno.

Che una simile conclusione debba essere rigettata si desume, oltre che dal tenore delle disposizioni convenzionali, dalla pratica uniforme degli Stati contraenti (41), le cui autorità giudiziarie non hanno riconosciuto se non in casi assai limitati la sussistenza di un impedimento alla compromettibilità di controversie sottoposte al regime convenzionale. Infine, depone chiaramente nel senso della vincolatività delle previsioni convenziona-

---

(40) Cfr. anche SANDERS, *Trends*, cit., pp. 225 ss. e 285 ss., per il quale deve sussistere un parallelismo tra cause di inarbitrabilità e motivi di rifiuto d'esecuzione, da una parte, e il concetto di ordine pubblico internazionale del foro, dall'altra.

(41) Criterio interpretativo, questo, previsto dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, al suo art. 31, par. 3, lett. (*b*), e indubitabilmente corrispondente allo stato del diritto internazionale generale in materia di interpretazione degli obblighi convenzionali. Né la pratica degli Stati cui va fatto riferimento è limitata a quella delle cancellerie diplomatiche. Discutendosi di limitazioni all'esercizio del potere giurisdizionale, ci si dovrà essenzialmente basare sulla pratica degli organi giudiziari.

li, e della conseguente eccezionalità dei limiti unilateralmente determinabili, anche la presenza di una clausola di denuncia espressa in ambedue le convenzioni (42).

IV.

11. Nei paragrafi precedenti si sono analizzate le regole di conflitto a cui è sottoposto il profilo dell'arbitrabilità nel sistema delle Convenzioni di New York e di Ginevra. Si tratta ora di analizzare i criteri normativi adottati in tema di arbitrabilità dall'ordinamento così individuato avendo quale riferimento naturale l'ordinamento italiano.

Prima di procedere ad un'analisi delle soluzioni che si offrono nell'ordinamento italiano, tuttavia, è opportuno volgere uno sguardo verso realtà diverse. Ciò permetterà di inserire le osservazioni che si svolgeranno con riferimento a quello in un contesto più vasto. La considerazione di soluzioni sia favorevoli, sia contrarie all'arbitrabilità aiuterà allora ad apprezzare, alla luce delle importanti resistenze che ancora si oppongono ad un generalizzato ricorso allo strumento arbitrale nella nostra materia, sia la consistenza delle questioni affrontate, sia l'adeguatezza delle soluzioni interpretative proposte per l'ordinamento italiano, in linea con le tendenze che si fanno strada in altri sistemi.

11.*i*) Volgendo l'attenzione all'ordinamento francese, il ricorso all'arbitrato nella materia dei diritti di proprietà industriale incontra numerosi ostacoli. Quanto ai diritti di brevetto, la compromettibilità delle relative controversie è regolata dall'art. 68 della *Loi sur les brevets d'invention* (43) con rinvio alla disci-

---

(42) L'art. XIII della Convenzione di New York e, rispettivamente, l'art. X, par. 9, della Convenzione di Ginevra, regolamentano il procedimento tramite il quale gli Stati possono sciogliersi dagli obblighi convenzionalmente assunti: è prevista una denuncia formale, che produce effetto dodici mesi dopo la notifica per iscritto di tale volontà al Segretario Generale delle Nazioni Unite.

(43) Loi n. 68-1, del 2 gennaio 1968, come modificata dalla Loi n. 78-742, del 13 luglio 1978: art. 68, par. 1, alinéa 1: « *L'ensemble du contentieux né de la présente loi est attribué aux tribunaux de grande instance (...)* »; alinéa 3: « *Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle au recours à l'arbitrage, dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du Code civil* ».

plina generale prevista dagli artt. 2059 e 2060 del *code civil* (44). Analogo rinvio opera, in relazione al marchio registrato, l'art. L. 716-4 del *code de la propriété industrielle* (45). La giustizia privata è dunque esclusa per « *toutes les matières qui intéressent l'ordre public* ». Secondo l'indirizzo pressoché unanime in giurisprudenza e dottrina, da tale precetto discende, innanzitutto, l'inarbitrabilità delle questioni di validità dei brevetti (46) e dei marchi registrati (47). L'opinione dominante a questo proposito è nel senso che l'arbitro debba spogliarsi della causa ogni qualvolta sia sollevata questione di validità, sia pure in via incidentale (48).

Anche la contraffazione e le questioni relative al diritto morale sembrano doversi escludere dal novero delle questioni arbitrabili (49).

---

(44) Art. 2059 c.c.: « *Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* ».

Art. 2060 c.c.: « *On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public* ».

(45) L'art. L. 716-3 c. pr. ind. attribuisce competenza esclusiva ai *tribunaux de grande instance* per le azioni relative ai marchi e per le azioni connesse. L'art. L. 716-4, tuttavia, fa salvo il ricorso all'arbitrato: « *dans les conditions prévues aux articles 2059 et 2060 du code civil* ».

(46) Cfr. CHAVANNE-AZEMA, *Le nouveau régime des brevets d'invention*, Paris, 1979, p. 142; BINN-GUIGUET-LENOIR-MICHARDERIE, *Possibilité de l'arbitrage en matière de litiges concernant la propriété intellectuelle entre personnes de droit privé, Rapport Q 106 au nom du Group français*, Association Internationale pour la Propriété Industrielle, AIPPI, XXXV Congrès, Tokyo, 1992, Annuaire AIPPI, 1992, I, p. 77 ss.; CHAVANNE-BURST, *Droit de la propriété industrielle*, 4ª ed., Paris, 1993, p. 211 s., con maggiori riferimenti; BONET-JARROSON, *L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle*, in IRPI (a cura di), *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Paris, 1994, pp. 61-91, p. 65 ss.; nello stesso senso cfr.: DE BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, sine loco, GLN Editions, 1990, p. 510 s.; FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *Traité*, cit., p. 359; BENECH, *France, Arbitration and Alternative Dispute Resolution*, in HARRIS-NEWISS (a cura di), *International Intellectual Property Litigation*, London, 1997, p. 113 ss.

(47) Cfr. BINN-GUIGUET-LENOIR-MICHARDERIE, *op. cit.*, p. 81 s., *ivi* ulteriori indicazioni; BONET-JARROSON, *L'arbitrabilité*, cit., p. 67 s.

(48) Cfr. però ROBERT, *L'arbitrage*, 6ª ed., Paris, 1993, p. 37: ove ritenesse infondata la censura di invalidità, l'arbitro potrebbe rendere la propria decisione; in caso contrario dovrebbe invece riconoscersi incompetente.

(49) Cfr. CHAVANNE-AZEMA, *op. cit.*, p. 142; in senso dubitativo BONET-

Quando la questione dell'arbitrabilità sorga in relazione ad una controversia internazionale, ai sensi dell'art. 1492 *n.c.p.c.* (50), il riferimento all'ordine pubblico deve essere sostituito da quello all'ordine pubblico internazionale, in analogia con quanto previsto dall'art. 1498 *n.c.p.c.* (51). La dottrina non è univoca nell'interpretare tale quadro normativo, ma sembra prevalere l'approccio di chi ricostruisce i limiti all'arbitrabilità in campo internazionale in senso del tutto parallelo a quanto vale in campo interno (52).

L'approccio francese non è isolato: analoghe soluzioni si direbbero prevalere, ad esempio, negli ordinamenti ungherese, messicano (53), ed indiano (54).

JARROSON, *L'arbitrabilité*, cit., pp. 67, 70. *Contra*: ROBERT, *op. cit.* Per il diritto morale cfr. BENECH, *op. loc. cit*.

Per l'esclusione dell'arbitrabilità in materia di contraffazione cfr. anche, *obiter*, *Cour d'Appel de Paris, 1re ch.*, 24 marzo 1994, *Deko sarl c. Gerhard Dingler et Meva Baugeräte GmbH*, PIBD, 1994, n. 573, III, p. 445 ss. Nel rigettare una domanda di annullamento di una decisione arbitrale CCI la Corte parigina motiva, tra l'altro, così: « considérant que le tribunal arbitral, en décidant que M. Dingler et la société Meva avaient commis une faute résultant de manquements à l'exclusivité (...) n'a fait qu'analyser le comportement des parties par rapport à leurs obligations contractuelles et n'a pas violé une règle d'ordre public tenant à la loi relative aux brevets d'invention, aucun problème de contrefaçon ne se posant dans leurs relations », *ibid*., p. 447.

(50) Art. 1492 *n.c.p.c.*: « *Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international* ».

(51) Art. 1498 *n.c.p.c.*: « *Les sentences arbitrales sont reconnues en France si leur existence est établie par celui qui s'en prévaut et si cette reconnaissance n'est pas manifestement contraire à l'ordre public international. Sous les mêmes conditions, elles sont déclarées exécutoires en France par le juge de l'exécution* ».

(52) La citata decisione della *Cour d'Appel de Paris* nel caso *Deko* conferma questa impressione: si trattava infatti di un rapporto intercorrente tra soggetti di diritto tedesco, da una parte, ed una società francese, dall'altra. La Corte francese ritiene infondata la censura di non compromettibilità delle questioni puramente contrattuali nell'ambito di una licenza di brevetto. La Corte afferma *obiter* che la soluzione così individuata è tanto più valida, in quanto è in armonia con i criteri di giurisdizione esclusiva dettati dall'art. 16 della Convenzione giudiziaria di Bruxelles del 1968; con ciò i giudici parigini sembrano voler confermare l'esclusione delle questioni di validità e registrazione del brevetto dall'ambito della compromettibilità, con un riferimento chiaramente idoneo a mettere in causa il concetto di ordine pubblico internazionale.

(53) Cfr. i rapporti dei rispettivi Gruppi nazionali al summenzionato XXXV Congresso AIPPI: BACHER-FALUDI-GÖDÖLLE-KENDE-VIDA, *Report Q106 in the Name of the Hungarian Group, Annuaire AIPPI*, 1992, I, p. 109 ss.; DELGADO, *Report Q106 in the Name of the Mexican Group, Annuaire AIPPI*, 1992, I, p. 136 ss.

(54) Cfr. ANAND, *Arbitration in the Context of Technology Transfer Agreements: The Case of India*, J.Int.Arb., 1990, 2, pp. 87-91, p. 89.

11.*ii*) La soluzione accolta nell'ordinamento tedesco è tendenzialmente più aperta, almeno in via teorica (55), all'arbitrato. In particolare, con riguardo tanto ai brevetti per invenzione, quanto ai marchi registrati, le questioni di contraffazione sono pacificamente arbitrabili.

La validità dei brevetti per invenzione, tuttavia, può essere contestata solo davanti al *Bundespatentgericht (BPatG)* (56). La dottrina dominante propende di conseguenza nel senso che una conoscenza arbitrale delle questioni suddette sia inammissibile (57). La validità della privativa può comunque essere conosciuta in via incidentale nell'ambito di un'azione di contraffazione.

A ben vedere, la non compromettibilità delle questioni di validità, quando siano sollevate in via principale, è soluzione contraddittoria, e criticabile, quando si consideri che la nullità dei brevetti è, per giurisprudenza consolidata del *BGH*, nella disponibilità delle parti. La transazione con cui le parti nel procedimento di nullità si accordano nel considerare ridotto l'ambito di protezione del brevetto, o riconoscono la nullità dello stesso, vincola il giudice del procedimento di nullità (*BPatG* o *BGH*), nei limiti in cui non estende l'ambito dell'esclusiva legale, così come risultante dal titolo (58). L'opportunità di un mutato atteggiamento in relazione all'arbitrato sembra doversi desumere an-

---

(55) Nella prassi tedesca il ricorso all'arbitrato in materia di proprietà intellettuale resta in realtà piuttosto raro. Ciò si deve a vari fattori: in particolare, la presenza di una giurisdizione specializzata in materia di nullità dei brevetti ed un accentramento significativo della competenza giurisdizionale in relazione alla contraffazione comportano una specializzazione elevata delle Corti statali in materia. Tempi e costi dei processi davanti alle giurisdizioni statali sono, poi, del tutto accettabili. Chiaro allora che vengono a mancare alcuni dei presupposti oggettivi che rendono appetibile, in altre realtà, il ricorso all'arbitrato.

(56) V. § 81, Abs. 4, *Patentgesetz*.

(57) Cfr. tra gli altri: SCHWAB-WALTER, *Schiedsgerichtsbarkeit, Kommentar*, 5ª ed., München, 1995, p. 36; SCHÜTZE-TSCHERNING-WEIS, *Handbuch des Schiedsverfahrens*, n. 155; VAN RADEN, *Außergerichtliche Konfliktregelung im gewerblichen Rechtsschutz*, GRURInt. 1998, pp. 444-449, p. 446; SCHWEYER, *Zuständigkeit internationaler Schiedsgerichte zur Entscheidung über Fragen der Nichtigkeit und Verletzung von Patenten*, GRURInt. 1983, pp. 149-156, p. 152.

(58) Cfr. in questo senso SCHLOSSER, *Das Recht*, cit., p. 232; PAGENBERG, *The arbitrability of intellectual property disputes in Germany*, in WIPO / AAA (a cura di), *Worldwide Forum on the Arbitration of Intellectual Property Disputes*, Geneva, 1994, pp. 81-94, p. 86 s.; PFAFF, *Grenzbewegungen der Schiedsfähigkeit, Pa-*

che dalla novella del 1998. La riforma del decimo libro del codice di procedura civile tedesco (*ZPO*) (59), infatti, ha sostituito il criterio della disponibilità dei diritti a quello, già accolto dalla legge svizzera, della patrimonialità della controversia (§ 1030, *Abs*. 1, *ZPO*) (60). Vero è che il comma 3 della citata disposizione del codice processuale fa salve le disposizioni di leggi speciali che limitano il ricorso all'arbitrato; ciò nondimeno le citate disposizioni del *Patentgesetz* che attribuiscono competenza esclusiva al *Bundespatentgericht* e, in sede di gravame, al *BGH*, nulla espressamente statuiscono in tema di arbitrato: una loro interpretazione più liberale sembra auspicabile, quanto meno in materia di arbitrato transnazionale.

11.*iii*) La Commissione delle Comunità europee ha recentemente presentato una proposta di regolamento del Consiglio relativo al brevetto comunitario (61), a seguito del dibattito avviato con il Libro verde sul brevetto comunitario e sul sistema dei brevetti in Europa (62). In tale proposta è inserita una disposizione, l'art. 53, relativa all'arbitrato. Ivi si prevede che l'istituzione di un Tribunale comunitario della proprietà intellettuale, fornito di competenza esclusiva relativamente alle azioni enumerate all'art. 30 della proposta (63), non pregiudichi « l'applicazione delle norme nazionali degli Stati membri che disciplinano l'arbitrato ». Tuttavia, continua la proposta, « il brevetto comunitario non può venir dichiarato nullo o invalido nell'ambito di un procedimento arbitrale ». Tale proposta, se adottata, lascerebbe certo impregiudicato il potere degli arbitri di conoscere

---

tentnichtigkeit im Schiedsverfahren, in *Beiträge zum internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit, Festschrift für H. Nagel zum 75 Geburtstag*, Münster, 1987, p. 278 s.

(59) Il testo è anche in RDIPP, 1998, p. 267 ss.

(60) « *Jeder vermögensrechtliche Anspruch kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein* ».

(61) COM (2000) 660 definitivo, del primo agosto 2000, consultabile in rete quale documento 500PC0412 del Repertorio degli atti preparatori comunitari, *http://www.europa.eu.int/eur-lex/it/com*.

(62) COM (1999) 42 definitivo, del 5 febbraio 1999.

(63) Si tratta delle azioni aventi ad oggetto: nullità, contraffazione ed accertamento negativo, utilizzazione del brevetto, diritti di preuso, limitazione del brevetto, accertamento dell'estinzione, risarcimento dei danni (non meglio precisati).

della validità in via incidentale. Oltre che risultare dal tenore letterale della disposizione e dall'illustrazione che ne fa la Commissione, tale conclusione si deduce anche, *a contrario*, dalla disposizione dell'art. 51, riguardante la competenza dei giudici ordinari (64).

11.*iv*) Nessuna seria riserva in merito al ricorso ad arbitrato per la soluzione di controversie attinenti a diritti di proprietà intellettuale, invece, s'incontra nel diritto federale degli Stati Uniti d'America. La nuova *Section* 294 del *Title* 35 dello *US Code*, introdotta nel 1982 ed in vigore dall'anno seguente, rende infatti possibile ricorrere ad arbitrato per risolvere qualsiasi controversia in materia di brevetti per invenzione, ivi comprese quelle che importano un giudizio circa la validità del brevetto (65). Il giudizio arbitrale deve essere registrato presso il *Patent and Trademark Office*, pena l'ineseguibilità, ma produce ef-

---

(64) L'art. 51, comma 3, della proposta così dispone: « Il giudice nazionale investito di un'azione diversa da quelle di cui all'art. 30 del presente regolamento sospende il procedimento quando consideri presupposto indispensabile, per il provvedimento che intende emettere, una decisione riguardante un'azione od una domanda ai sensi dell'art. 30. La sospensione deve essere disposta d'ufficio, previa audizione delle parti, quando un'azione od una domanda ai sensi dell'art. 30 sia stata proposta dinanzi al Tribunale comunitario della proprietà immateriale, oppure a richiesta di una delle parti e previa audizione delle altre quando il Tribunale comunitario non sia stato ancora adito. In quest'ultimo caso il giudice nazionale invita le parti a proporre l'azione o la domanda entro un termine da esso stabilito. Qualora l'azione o la domanda non siano state proposte, il procedimento viene proseguito ».

(65) *35 U.S.C. Sec. 294*: « *Voluntary arbitration:* (a) *A contract involving a patent or any right under a patent may contain a provision requiring arbitration of any dispute relating to patent validity or infringement arising under the contract. In the absence of such a provision, the parties to an existing patent validity or infringement dispute may agree in writing to settle such dispute by arbitration. Any such provision or agreement shall be valid, irrevocable, and enforceable, except for any grounds that exist at law or in equity for revocation of a contract.* (b) *Arbitration of such disputes, awards by arbitrators and confirmation of awards shall be governed by title 9, United States Code, to the extent such title is not inconsistent with this section. In any such arbitration proceeding, the defenses provided for under section 282 of this title shall be considered by the arbitrator if raised by any party to the proceeding.* (c) *An award by an arbitrator shall be final and binding between the parties to the arbitration but shall have no force or effect on any other person. The parties to an arbitration may agree that in the event a patent which is the subject matter of an award is subsequently determined to be invalid or unenforceable in a judgment rendered by a court to* (sic) *competent jurisdiction from which no appeal can or has*

fetto solo tra le parti in causa. Le parti possono convenire il diritto di richiedere la modifica della decisione qualora il brevetto sia successivamente invalidato da una Corte; in mancanza di simile clausola, il lodo è definitivo.

Il ricorso all'arbitrato è divenuto, in seguito alla detta modifica legislativa, alternativa frequentemente seguita. Il successo dello strumento arbitrale è testimoniato dalla creazione, in seno alla *American Arbitration Association (AAA)*, di una lista di arbitri specializzati in materia brevettuale, il *National Panel of Patent Arbitrators*, e dalla parallela adozione, da parte della stessa *AAA*, di un regolamento di arbitrato specializzato per dette controversie (*Patent Arbitration Rules*) (66).

La *Section* 294 innova profondamente rispetto al preceden-

---

been taken, such award may be modified by any court of competent jurisdiction upon application by any party to the arbitration. Any such modification shall govern the rights and obligations between such parties from the date of such modification. (d) *When an award is made by an arbitrator, the patentee, his assignee or licensee shall give notice thereof in writing to the Commissioner. There shall be a separate notice prepared for each patent involved in such proceeding. Such notice shall set forth the names and addresses of the parties, the name of the inventor, and the name of the patent owner, shall designate the number of the patent, and shall contain a copy of the award. If an award is modified by a court, the party requesting such modification shall give notice of such modification to the Commissioner. The Commissioner shall, upon receipt of either notice, enter the same in the record of the prosecution of such patent. If the required notice is not filed with the Commissioner, any party to the proceeding may provide such notice to the Commissioner.* (e) *The award shall be unenforceable until the notice required by subsection* (d) *is received by the Commissioner* ». La disposizione, introdotta dalla *Public Law 97-247, § 17(b)1*, del 27 agosto 1982, si legge anche in *United States Code Annotated*, 1982 ed., *Title 35, Patents*, St. Paul, Minn., 1984, p. 624 s.

In materia cfr. CARMICHAEL, *The Arbitration of Patent Disputes*, Arb.J., March 1983, p. 3 ss.; LÉCUYER-THIEFFRY, *L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle en droit comparé: États-Unis*, in IRPI (a cura di), *Arbitrage et propriété intellectuelle*, Paris, 1994, pp. 83-91; MOY, *Note, Arbitration of United States Patent Validity and Infringement Under 35 U.S.C. § 294*, Geo.Wash.J.Int.L.Econ., 1983, p. 637 ss.; PLANT, *Arbitrability of Intellectual Property Disputes in the United States*, in WIPO / AAA (a cura di), *Worldwide Forum*, cit., pp. 29-54; ID., *Binding Arbitration of US Patents*, J.Int.Arb., 1993, n. 10, pp. 79-93; TUPMAN, *Arbitration of Intellectual Property Disputes under U.S. Law*, Arb.J., Dec. 1987, p. 4 ss.

(66) Cfr. PTCJ 26 (May-October 1983), pp. 102-109. Il testo, da ultimo modificato nel 1997, si legge anche in WILNER (a cura di), *Domke on Commercial Arbitration, Revised Edition, 1998 Cumulative Supplement*, Mundelein, Illinois, 1998, pp. 27-40.

te *case law* delle Corti federali. La giurisprudenza costante negava infatti l'arbitrabilità delle questioni di nullità e di contraffazione dei brevetti per invenzione (67).

Parallelamente all'indirizzo giurisprudenziale ora riferito, in materia di *copyright* il *case law* delle Corti federali considerava inarbitrabili le questioni di validità e contraffazione (68). La questione sembra tuttavia essere risolta nella giurisprudenza più recente, successiva alla riforma intervenuta in materia brevettuale, in senso favorevole alla compromettibilità. Il precedente rilevante in materia è la decisione della *Court of Appeals for the Seventh Circuit*, nel caso *Saturday Evening Post Company v. Rumbleseat Press, Inc.* (69).

11.*v*) La soluzione forse più liberale in materia di arbitrabilità di questioni attinenti a diritti di proprietà intellettuale si rinviene nell'ordinamento svizzero, almeno in relazione ai diritti a contenuto patrimoniale (70). In conseguenza della disponibili-

---

(67) Il primo precedente è *Delaware District Court, Zip Manufacturing Co. v. Pep Manufacturing Co.*, 44 F.2d 184 (D. Del. 1930), in cui la compromettibilità fu negata per non essere la materia riconducibile a quel concetto di « *commerce* », a cui fa riferimento l'*Arbitration Act*. In seguito l'esclusione della materia brevettuale dal novero delle materie arbitrabili fu motivata ricorrendo al concetto di ordine pubblico: l'impedimento nasceva, secondo i giudici della Corte Suprema, da un « *important public interest in permitting full and free competition in the use of ideas which are in reality a part of the public domain* ». Cfr. *Supreme Court, Lear, Inc. v. Adkins*, 395 U.S. 653 (1969), spec. p. 670.

(68) Cfr. *Kamakazi Music Corp. v. Robbins Music Corp.*, 684 F.2d 228 (2d Cir. 1982); *Wiley & Sons v. Fuchs*, 217 U.S.P.Q. (BNA) 741 (S.D.N.Y. 1981); KAPLAN, *Comment, « Arbitration and Intellectual Property: A Survey of Arbitration in Patent, Trademark and Copyright Cases »*, Alb. L. Rev. 1984, p. 797 ss.

(69) 816 F.2d 1191 (7th Cir. 1987). Cfr. il commento di NAG, *Copyright Disputes, The Case for Writing Voluntary Arbitration into the Copyright Act*, in rete al sito dell'*American Arbitration Association http://www.adr.org/*.

(70) Cfr., per prime indicazioni: BRINER, *The Arbitrability of Intellectual Property Disputes with Particular Emphasis on the Situation in Switzerland*, in WIPO / AAA (a cura di), *Worldwide Forum*, cit., pp. 55-94; GUYET, *La propriété industrielle et l'arbitrage en Suisse*, in REYMOND-BUCHER (a cura di), *Raccolta di studi svizzeri sull'arbitrato internazionale*, Zürich, 1984, pp. 45-56; GUYET-HOTZ-MADAY-STIEGER, *Zulässigkeit der privaten Schiedsgerichtsbarkeit für Streitigkeiten auf dem Gebiet des geistigen Eigentums, Bericht Q 106 im Namen der Schweizer Landesgruppe*, AIPPI, XXXV Congrès, cit., 1992, I, pp. 175-183; PERRET, *L'arbitrabilité des litiges de propriété industrielle en droit comparé: Suisse, Allemagne, Italie*, in IRPI, *Arbitrage et propriété intellectuelle*, cit., pp. 73-82; K. TROLLER, *Spe-*

tà dei diritti in questione, riconosciuta pacificamente dalla giurisprudenza elvetica (71), l'Ufficio Federale della Proprietà Intellettuale ammette sin dal 1976 la trascrizione nel registro dei brevetti delle sentenze arbitrali munite di clausola esecutiva (72). Ciò anche nel caso di sentenze che dichiarino l'invalidità del brevetto. La decisione arbitrale acquisisce così efficacia *erga omnes*.

Per quanto riguarda i diritti patrimoniali, inoltre, non vi sono sostanziali differenze tra arbitrato svizzero, cui si applica il Concordato intercantonale d'arbitrato del 1969, ed arbitrato internazionale, regolato dal capitolo dodicesimo della Legge di diritto internazionale privato. Secondo l'art. 5 del Concordato, applicabile quando entrambe le parti hanno sede o domicilio in Svizzera, possono essere sottoposte ad arbitrato le controversie che mettono in causa diritti disponibili. Ciò non comporta tuttavia limitazione alcuna in materia di proprietà intellettuale ed industriale. Il diritto svizzero, come detto, ammette senz'altro la disponibilità delle controversie in materia di brevetti, marchi, o di altri beni immateriali per la cui protezione è richiesto un atto della pubblica autorità e l'iscrizione in un pubblico registro. Quando almeno una delle parti abbia la sede o il domicilio all'estero, trova applicazione la Legge di diritto internazionale privato (*LDIP-CH*). Ai sensi del suo art. 177 sono arbitrabili tutte le controversie aventi contenuto patrimoniale (73).

La situazione è meno chiara in materia di diritto morale. Con la modifica della legge sul diritto d'autore anche il diritto morale d'autore è ora liberamente trasferibile. Il criterio di arbitrabilità è allora sicuramente soddisfatto per l'arbitrato svizzero.

---

cific Aspects of Intellectual Property Disputes in Arbitration: The Swiss Perspective, in BLESSING (a cura di), *Objective Arbitrability, Antitrust Disputes, Intellectual Property Disputes*, Zürich, 1993, pp. 155-163.

(71) In tal senso il Tribunale Federale già dal 1945. Cfr. ATF/BGE 71 (1945) III, p. 198 s. Per un commento della decisione e riferimenti all'ulteriore giurisprudenza conforme cfr. GUYET, *La propriété*, cit., p. 48 s.

(72) Cfr. *Schweizerisches Patent-, Muster- und Markenblatt*, 1976, I, p. 9 ss.

(73) Sull'art. 177 *LDIP-CH* cfr., anche per ulteriori riferimenti: WALTER-BOSCH-BRÖNNIMANN, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, Bern, 1991, pp. 53-64; WALTHER, *Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz*, in GOTTWALD (a cura di), *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit - Arbitrage International - International Arbitration*, Bielefeld, 1997, pp. 817-848, p. 821 s.

Al contrario non sembra ammissibile in materia un arbitrato internazionale (74). Vero è tuttavia che, se il diritto morale non potrà essere oggetto unico del *dictum* degli arbitri investiti *ex* art. 177 *LDIP-CH*, sembra potersi ammettere la compromettibilità di una questione patrimoniale relativa a diritti d'autore, la cui titolarità originaria sia controversa, a prescindere dalla sede delle parti. In tal caso sono infatti soddisfatti tanto il requisito della patrimonialità della controversia, quanto quello della disponibilità dei diritti.

12. Alcuni Paesi in via di sviluppo hanno previsto nel loro ordinamento, a partire dagli anni settanta, legislazioni speciali in materia di trasferimento di tecnologia: in America il Brasile e gli Stati della Comunità Andina (Colombia, Venezuela, Perù, Bolivia, Ecuador); in Asia le Filippine, il Vietnam, l'Indonesia, l'India e la Cina; in Africa la Tanzania.

La natura di ordine pubblico di simili legislazioni speciali, dettate a tutela della politica di sviluppo dello Stato, oltre che della bilancia dei pagamenti con l'estero, conduce a ritenere in esse implicito un divieto di disposizione dei diritti derivanti dai contratti di trasferimento di tecnologia. Spesso, poi, si ritrova in tali normative una previsione di esclusività della giurisdizione nazionale, che sembra comportare di per sé, se non una proibizione *tout court* di ricorso all'arbitrato, certo un divieto di arbitrato estero.

13. Per completare il quadro relativo all'arbitrabilità delle controversie nascenti da contratti aventi ad oggetto diritti di proprietà industriale ed intellettuale, ed in particolare da contratti di trasferimento di tecnologia, è necessario affrontare il profilo dell'arbitrabilità delle questioni di diritto *antitrust*, assai frequentemente sollevate dagli schemi contrattuali di cui ci si occupa.

13.*i*) In diritto tedesco il § 91, *Abs*. 1, del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (*GWB*) detta una disciplina restrittiva dell'arbitrabilità in materia *antitrust*. In relazione ad alcune categorie di intese, infatti, la convenzione d'arbitrato relativa a

(74) In questo senso PERRET, *op. cit.*, p. 76.

controversie future è nulla, se non fa salvo il potere di ognuna delle parti di adire la giurisdizione ordinaria.

Tale disciplina si applica alle controversie nascenti da intese orizzontali, che intervengono cioè tra concorrenti posti allo stesso livello della catena produttiva o commerciale, non invece — di regola — alle intese verticali. La nullità, tuttavia, colpisce le clausole compromissorie relative alle pretese civilistiche nascenti dal § 35 *GWB*, a prescindere dal carattere orizzontale o verticale dell'intesa o pratica sottostante (75). Il divieto di cui al § 91 *GWB* non si applica agli *Ausfuhrkartelle*, è a dire quelle intese e pratiche concordate destinate a garantire e favorire l'esportazione e prive di effetti sul mercato tedesco, previste al § 6 *GWB*.

La disciplina in parola, come si vede, è lungi dall'essere onnicomprensiva. Essa in particolare non tocca la validità né del compromesso, né delle procedure arbitrali basate su clausola compromissoria non esclusiva.

Ciò detto, si deve sottolineare che la sanzione di nullità comminata dal § 91 *GWB* colpisce anche le clausole compromissorie per arbitrato internazionale, nella misura in cui l'intesa rilevante produca effetti sul mercato tedesco. In tal senso dispone il § 98, *Abs*. 2, *GWB*, che sottopone all'imperio del *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* tutte le limitazioni di concorrenza che producono effetti sul mercato tedesco (76).

Limiti più intensi al ricorso all'arbitrato si trovano nell'ordinamento austriaco: l'arbitrabilità è esclusa quando si tratti di giudicare di cartelli non autorizzati. In tal senso dispone una giurisprudenza risalente e costante (77). Per quanto riguarda i cartelli autorizzati, invece, la convenzione arbitrale non esclude

---

(75) Le domande rilevanti sono essenzialmente quelle dirette ad ottenere il risarcimento del danno sofferto per l'altrui condotta anticoncorrenziale, ma anche le domande di pronuncia di condanna alla conclusione di un contratto, in caso di rifiuto di contrarre, nonché le azioni inibitorie, cfr. K. SCHMIDT, § 91, in IMMENGA-MESTMÄCKER (a cura di), *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar*, 2ª ed., München, 1992, p. 2107.

(76) « *Dieses Gesetz findet Anwendung auf alle Wettbewerbsbeschränkungen, die sich im Geltungsbereich dieses Gesetzes auswirken, auch wenn sie außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes veranlaßt werden* », § 98, Abs. 2, *GWB*.

(77) Cfr. IDOT, *Rapport Introductif*, in INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (a cura di), *Competition and Arbitration Law*, Paris, 1993, pp. 11-38, spec. p. 18 s.

la competenza della giurisdizione ordinaria statale. Così dispone l'art. 124 del *Kartellgesetz* 1988 (78).

13.*ii*) In diritto svizzero, la legge sui cartelli del 1962, all'art. 15, prevedeva un limite all'efficacia della clausola compromissoria ispirato al citato § 91 del *GWB* tedesco (79).

La nuova legge sui cartelli del 1995 (80) ha eliminato ogni riferimento all'arbitrato, la cui ammissibilità va dunque ricostruita alla luce dei principi generali vigenti nell'ordinamento svizzero. Per quanto riguarda l'applicazione delle disposizioni civilistiche della disciplina sui cartelli (81), vengono dunque in considerazione la legge sul diritto internazionale privato (art. 177), in caso di sede o domicilio estero di una delle parti alla controversia, e il Concordato intercantonale d'arbitrato (art. 5), in caso di sede o domicilio svizzero di entrambe. In relazione al requisito previsto dal Concordato, i diritti in questione sono disponibili; ciò vale finché si resti, beninteso, nel campo delle pretese civilistiche nascenti dalla violazione dei divieti della legge sui cartelli (82).

Il requisito che la legge svizzera sul diritto internazionale privato pone in materia di arbitrabilità, poi, è sicuramente soddisfatto anche in materia *antitrust*. Le pretese civilistiche nascen-

---

(78) Per prime indicazioni cfr. GUGERBAUER, *Kommentar zum Kartellgesetz*, 2ª ed., Vienna, 1993, p. 392 ss.

(79) Cfr. GROSSEN, *Arbitrage et droit de la concurrence*, in REYMOND-BUCHER (a cura di), *Raccolta di studi svizzeri sull'arbitrato internazionale*, cit., pp. 35-43.

(80) Legge federale sui cartelli e altre limitazioni della concorrenza, del 6 ottobre 1995, entrata in vigore tra il 1º febbraio 1996 (artt. 18-25) ed il 1º luglio 1996 (rimanenti articoli).

(81) Escluse quindi le decisioni amministrative di competenza esclusiva della Commissione della concorrenza, o del Consiglio federale svizzero.

(82) Cfr. GROSSEN, *op. cit.*, p. 38; IDOT, *Rapport*, cit., p. 21, punto 33.

In giurisprudenza cfr. *Tribunal cantonal vaudois, Chambre des recours*, 28 ottobre 1975, *Ampaglas s.p.a.*, per l'affermazione, *obiter dictum*, « *qu'à première vue en tout cas, on ne saurait affirmer que le litige portant sur la nullité ou la résolution d'un contrat ou d'une clause contractuelle ne puisse être soumis à des arbitres, même si l'une ou l'autre des parties invoque un moyen tiré d'une disposition légale impérative. Il faut en effet distinguer entre l'objet de l'arbitrage, qui est un litige portant sur un droit relevant de la libre disposition des parties et les règles légales qui sont applicables à la solution du litige* »: *Journal des Tribunaux*, 3, *Droit Cantonal*, 1981, p. 72.

ti dalla violazione della legge svizzera sui cartelli sono infatti certamente pretese patrimoniali, e per ciò stesso arbitrabili.

Una notazione ulteriore si impone. Come la dottrina (83), la giurisprudenza del Tribunale Federale svizzero è chiara nel considerare la norma di cui all'art. 177 *LDIP-CH* come « *règle materielle de droit international privé* »: ogni richiamo di differenti soluzioni straniere in tema di arbitrabilità è pertanto escluso (84).

13.*iii*) Dal 1992 anche l'ordinamento francese ammette l'arbitrabilità di questioni che comportano l'applicazione del diritto *antitrust*, in misura certo più ampia di quanto quello stesso ordinamento non sia disposto a concedere in relazione ai profili peculiari dei diritti di proprietà intellettuale. In questo senso va la fondamentale decisione della *Cour d'Appel de Paris* nel caso *Labinal*, con un approccio che pur sembrerebbe valido per tutti i casi in cui l'arbitrabilità sia posta in dubbio dall'esigenza di applicare normative « *d'ordre public* » (85).

Prima di tale pronuncia la competenza degli arbitri era intesa in senso ben più ristretto: chiamati a decidere una controversia in materia contrattuale, gli arbitri dovevano spogliarsene di fronte alla constatazione della nullità del contratto, o di una sua clausola, derivante dall'applicazione del diritto *antitrust* (86).

14. La non arbitrabilità delle controversie che mettono in gioco il diritto *antitrust* era la soluzione accolta, prima del 1985,

---

(83) Cfr. per tutti LALIVE-POUDRET-REYMOND, *Le droit de l'arbitrage interne et international en Suisse*, Lausanne, 1989, p. 424.

(84) Esplicitamente al riguardo la prima Corte civile del Tribunale federale: 28 aprile 1992, *G. S.A contre V. s.p.a. et Tribunal arbitral*, ATF/BGE 118 (1992), II, pp. 193-198, p. 196; 23 giugno 1992, *Fincantieri Cantieri Navali Italiani s.p.a. et Oto Melara s.p.a. contre M. et Tribunal arbitral*, ATF/BGE 118 (1992), II, pp. 353-358, p. 355.

(85) Cfr. *Cour d'Appel de Paris, 1re ch., Société Labinal c. Société Mors et Société Westland Aerospace Ltd.*, JDI, 1993, p. 957, RevArb, 1993, p. 645. A dispetto della soluzione data al caso *Labinal*, restano non compromettibili le questioni di validità dei diritti su beni immateriali garantiti da un titolo statale, come s'è detto *supra*, § prec. La dottrina francese, anche la più favorevole all'arbitrato, non trae da tale sentenza infatti alcuna conseguenza in materia di nullità dei brevetti o marchi: cfr. p.e. FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN, *Traité*, cit., p. 358 s.

(86) *Cour d'Appel de Paris*, 15 giugno 1956, JCP, 1956, II, p. 9419. Cfr. IDOT, RevArb, 1989, p. 300.

nell'ordinamento federale statunitense: secondo la giurisprudenza costante delle Corti d'appello federali, infatti, « *the pervasive public interest in enforcement of the antitrust laws, and the nature of the claims that arise in such cases, combine to make (...) antitrust claims (...) inappropriate for arbitration* » (87). Il *revirement* giurisprudenziale giunge con la decisione della Corte Suprema nel caso *Mitsubishi v. Soler* (88). A partire da tale precedente, relativo ad una controversia commerciale internazionale, il *case law* delle Corti federali ammette il ricorso all'arbitrato in relazione a questioni che richiedono l'applicazione del diritto *antitrust*, tanto in caso di controversie interprivate internazionali, quanto in caso di controversie puramente interne. La disciplina introdotta dallo *Sherman Act* e variamente estesa dalla legislazione federale successiva è dettata, è ben vero, a tutela dell'interesse generale; ne sono testimonianza la previsione di una sanzione penale, nel caso in cui l'azione sia promossa dal governo federale, e l'imposizione di una sanzione « privata » dissuasiva ed a carattere punitivo (*treble damages*), quando l'azione sia promossa da un soggetto privato. La tutela dell'interesse pubblico perseguita dalla normativa federale *antitrust* non costituisce tuttavia ostacolo insormontabile alla cognizione arbitrale. Per quanto attiene all'arbitrato internazionale, in specie, la Corte Suprema ritiene necessario confermare la validità delle convenzioni arbitrali in forza di considerazioni di *international comity* e di rispetto delle competenze (« *capacities* ») delle istanze giudiziarie straniere e transnazionali, ma, soprattutto, in considerazione delle esigenze di certezza del diritto nel commercio internazionale (89).

Tanto la giurisprudenza recente (90), quanto la prassi delle

---

(87) La citazione è tratta dal *leading case* della *Court of Appeal for the Second Circuit, American Safety Equipment Corp. v. J.P. Maguire & Co.*, 391 F.2d 821 (CA2 1968), pp. 827-828.

(88) *United States Supreme Court, Mitsubishi Motors v. Soler Chrisler-Plymouth*, 2 luglio 1985, 105 S.Ct. 3346 (1985); 473 US 614 (1985).

(89) « *Concerns of international comity, respect for the capacities of foreign and transnational tribunals, and sensitivity to the need of the international commercial system for predictability in the resolution of disputes, all require enforcement of the arbitration clause in question, even assuming that a contrary result would be forthcoming in a domestic context* », *Mitsubishi, loc. cit.*

(90) In giurisprudenza cfr., p. e., *Simula, Inc. v. Autoliv, Inc.*, 175 F.3d 716

agenzie federali *antitrust* (91), confermano che la via dell'arbitrato è effettivamente privilegiata per la soluzione di questioni di diritto della concorrenza relative a contratti di trasferimento di tecnologia.

Resta tuttavia che una decisione arbitrale la quale non faccia corretta applicazione della disciplina federale sulla tutela della concorrenza e del mercato, quando detta disciplina sia applicabile in base ai criteri di *prescriptive jurisdiction* ad essa propri (92), non potrà trovare esecuzione negli Stati Uniti (93).

(9th Cir. 1999). Il caso riguarda un contratto di sviluppo in comune, cooperazione e licenza della tecnologia relativa ad un sistema di *airbag* per auto. Eventuali controversie dovevano essere risolte per via di arbitrato da tenersi in Svizzera. Insorta una lite, avente ad oggetto tra l'altro asserite violazioni dello *Sherman Act*, la parte americana adiva una Corte federale. Nonostante l'attrice si opponesse sostenendo che gli arbitri non avrebbero applicato lo *Sherman Act*, il giudice rimetteva le parti ad arbitrato, sottolineando « *the emphatic federal policy in favor of arbitral dispute resolution* », specialmente nel campo del commercio internazionale.

(91) La stessa *Federal Trade Commission* impone a volte il ricorso ad arbitrato, come strumento per scongiurare comportamenti collusivi in esito ad accordi di licenza che trovano origine in un *consent decree*. Si segnala da questo punto di vista il caso della fusione tra *Ciba* e *Sandoz*. Le due compagnie elvetiche, dalla cui fusione è nata *Novartis*, pure società di diritto svizzero, erano finite nell'obiettivo della *FTC*, per la situazione di monopolio nella ricerca e sviluppo di farmaci per la terapia genetica del tumore al cervello, dell'emofilia e della sindrome da rigetto, che la fusione avrebbe determinato. Il rimedio (« consensuale ») fu individuato nella licenza a terzi (la società tedesca *BASF*) del *patent portfolio* e del *know-how* relativo a tali farmaci. Per la soluzione di eventuali controversie relative alle *royalties* (ma non solo) si scelse il ricorso ad arbitrato, anche al fine di evitare comportamenti collusivi tra licenziante e licenziatario determinati dalla conoscenza delle rispettive pratiche commerciali e di prezzo. Cfr. *United States of America before Federal Trade Commission, In the Matter of Ciba-Geigy Ltd., Ciba-Geigy Co., Chiron Co., Sandoz Ltd., Sandoz Co., Novartis AG, Agreement Containing Consent Order, File No. 961-0055*, pubblicato in rete al sito *http://www.ftc.gov/ftc/antitrust.htm* (settembre 2001).

(92) Su cui cfr. la *Sec.* 415 del *Rest. 3rd, Restatement of the Foreign Relations of the United States*, S. Paul, Minn., 1987.

(93) *Justice* BLACKMUN, nella *majority opinion* del caso *Mitsubishi*, afferma in questi termini un « dovere » degli arbitri di applicare il diritto americano *antitrust*: « *Where the parties have agreed that the arbitral body is to decide a defined set of claims which includes, as in these cases, those arising from the application of American antitrust law, the tribunal therefore should be bound to decide that dispute in accord with the national law giving rise to the claim* ». In nota alla sua *opinion* egli osserva inoltre: « *in the event the choice-of-forum and choice-of-law clauses operated in tandem as a prospective waiver of a party's right to pursue statutory*

V.

15. Le soluzioni al problema dell'arbitrabilità che discendono dai sistemi convenzionali vanno necessariamente integrate con le norme dettate in materia nell'ordinamento italiano. Queste verranno in rilievo, alla luce di quanto detto nella parte III, quando in Italia sia il foro chiamato a decidere della compromettibilità, ovvero quando, pur essendo la questione sollevata di fronte ad un giudice straniero, le norme convenzionali più sopra discusse facciano comunque rinvio all'ordinamento italiano.

La disciplina interna è dettata innanzitutto dagli artt. 806 e 808 c.p.c. La regola che si desume dalle citate disposizioni è la tendenziale arbitrabilità di tutte le controversie che oppongano parti private. Fanno eccezione le liti in materia di lavoro, quelle che riguardano questioni di stato e di separazione personale dei coniugi « e le altre che non possono formare oggetto di transazione ». Ad un'indicazione di limiti specifici si affianca, dunque, un rinvio alla disciplina della transazione, come disposta dal codice civile.

Ai sensi dell'art. 1966 c.c. è nulla la transazione avente ad oggetto diritti che, per loro natura o per espressa disposizione di legge, sono sottratti alla disponibilità delle parti.

La disciplina codicistica trova conferma nell'art. 4, comma 2, della legge di riforma del diritto internazionale privato, relativo alla deroga della giurisdizione italiana per arbitrato estero (94). La norma, trattando della deroga alla giurisdizione ita-

---

remedies for antitrust violations, we would have little hesitation in condemning the agreement as against public policy » (473 U.S. 614, pp. 636, 637).

(94) Per la continuità della soluzione normativa accolta nell'ordinamento italiano prima e dopo la riforma del diritto internazionale privato cfr. LUZZATTO, *Commento, Art. 4*, in POCAR-TREVES-CARBONE-GIARDINA-LUZZATTO-MOSCONI-CLERICI (a cura di), *Commentario al nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, pp. 33-38, specie p. 37. L'identità di soluzione normativa rende superfluo dilungarsi nell'analisi del differente campo d'applicazione delle disposizioni richiamate nel testo. Basti qui ricordare che, mentre l'art. 4 della l. n. 218/1995 fa riferimento all'arbitrato estero, gli artt. 806 ed 808 c.p.c. trovano applicazione all'arbitrato italiano. L'elemento di collegamento dell'arbitrato all'ordinamento italiano, a prescindere dall'eventuale carattere di internazionalità ai sensi dell'art. 832 c.p.c., sarà da individuare nella sede della procedura, come indicata dalle parti, o fissata dagli arbitri: arg. *ex* art. 816, comma 1, c.p.c. Cfr. in tal senso LUZZATTO, *Commento, Art. 24*, in TARZIA-LUZZATTO-RICCI, *L. 5 gennaio 1994, n. 25, nuove disposi-*

liana, individua il limite alla compromettibilità per arbitrato estero nel carattere disponibile dei diritti oggetto della causa (95).

In questo contesto si colloca l'affermazione di chi sostiene il necessario parallelismo tra l'autonomia delle parti e l'arbitrabilità (96). Come si è già sottolineato, tuttavia, un limite siffatto all'ammissibilità dell'istituto arbitrale trova a sua volta un limite nel regime convenzionale. È lo stesso modo di essere dell'istituto arbitrale ad esigere che il limite dell'inarbitrabilità sia ricostruito restrittivamente. È quanto trova conferma inequivoca nella giurisprudenza, in particolare della Corte di cassazione (97).

Proprio in rapporto ad una vicenda di trasferimento di diritti di proprietà industriale, ma con affermazione sicuramente generalizzabile, infatti, la Suprema Corte ha confermato che la nullità dell'accordo arbitrale per indisponibilità dei diritti controversi si ha soltanto quando ricorrano due condizioni. In pri-

---

zioni in materia di arbitrato e disciplina dell'arbitrato internazionale, Padova, 1995, pp. 189-200, specie p. 196 s.; *ivi* ulteriori riferimenti alla dottrina precedente alla novella al codice di procedura civile del 1994.

(95) L'art. 4 non fa menzione della legge alla stregua della quale dev'essere stabilita la disponibilità o meno delle posizioni giuridiche in lite. Non sembra tuttavia che tale questione debba essere risolta alla stregua del diritto a cui sarebbe sottoposta la posizione giuridica di cui s'invoca l'indisponibilità (*lex causae*): così invece LA CHINA, *L'arbitrato e la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Riv.Arb., 1995, pp. 629-646, p. 637 s. L'unica ipotesi rilevante, ai fini dell'art. 4 LDIP è invece quella di indisponibilità per il diritto italiano: è infatti la giurisdizione italiana, e non altre, della cui deroga si discute. L'indisponibilità in diritto italiano rileverà ove tal diritto si applichi a titolo di *lex causae* del complessivo rapporto dedotto in lite, o di una parte di quello, in caso di *dépeçage*; rileverà, altresì, nel caso in cui le norme italiane da cui discende l'indisponibilità della questione pretendano di essere applicate a prescindere dal richiamo internazionalprivatistico (norme di applicazione necessaria). Le determinazioni di un diritto straniero, circa la natura disponibile o meno delle questioni controverse rileveranno soltanto ove tale diritto sia applicabile all'arbitrabilità, in forza delle norme di conflitto che sono poste dalla convenzione di New York del 1958 o, se applicabile, dalla convenzione europea del 1961. Anche in tale ipotesi, tuttavia, la natura disponibile o indisponibile delle questioni litigiose rileverà solamente nella misura in cui essa sia assunta a discrimine dalle norme che quell'ordinamento pone in materia di arbitrabilità, non invece in applicazione « esorbitante » dell'art. 4 LDIP.

(96) Così PUNZI, *Disegno sistematico dell'arbitrato*, tomo I, Padova, 2000, p. 243 s.

(97) Cfr. spec. Cass., Sez. I civ., sentenza n. 2406 del 19 maggio 1989, *Quacker Chiari e Forti s.p.a. c. Epargne Italia s.r.l.*, Giust. civ., 1989, I, pp. 2605-2611.

mo luogo il contratto da cui la controversia origina deve incidere su diritti indisponibili, potenzialmente realizzando l'atto di disposizione vietato. Ciò non è tuttavia elemento sufficiente. Oltre a ciò, infatti, è necessario che la clausola compromissoria faccia riferimento specifico all'invalidità di detto contratto per indisponibilità del diritto in questione. Nemmeno il fatto che le parti deducano tale causa di nullità del contratto nel giudizio arbitrale incide sulla validità del negozio compromissorio. Ciò significa, pertanto, che gli arbitri possono normalmente conoscere in via principale della disponibilità dei diritti in questione.

Solo nel momento successivo, quello del controllo della decisione arbitrale, potrà rilevarsi la nullità di quest'ultima, qualora gli arbitri a torto abbiano ritenuto valido il contratto principale. Risulta così una disciplina bifronte: ad un approccio liberale in tema di arbitralibilità, si affianca un controllo penetrante della decisione arbitrale. Non è comunque un vero riesame nel merito quello che il giudice statale è chiamato ad operare. Restando acquisito il quadro di fatto desumibile dal lodo arbitrale, il giudice dovrà piuttosto vagliare la congruità della motivazione per ciò che attiene alla questione della validità del contratto.

Ai due requisiti richiesti dalla Cassazione perché si dia inarbitrabilità della controversia, per ogni specie di arbitrato, se ne deve aggiungere un terzo per le ipotesi che ricadano nell'ambito di applicazione delle Convenzioni internazionali in materia d'arbitrato più sopra analizzate. Per affermare l'inarbitrabilità (ma anche, evidentemente, per pronunciare *ex post* l'annullamento, o rifiutare l'esecuzione) si richiede, come già sottolineato (98), che il precetto da cui è fatta discendere l'indisponibilità del diritto abbia natura internazionalmente imperativa (99).

16. Fissati in tal modo i termini del problema in generale, si devono ora analizzare le ipotesi più frequenti in cui può essere messa in dubbio l'arbitrabilità di controversie nascenti da contratti di trasferimento di tecnologia e, più in generale, da con-

---

(98) *Supra*, § 10.

(99) Cfr. in relazione all'art. 4 legge di riforma, in senso non difforme: CARBONE, *Commento, Art. 4*, in BARIATTI (a cura di), *Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (l. 31 maggio 1995, n. 218), Commentario*, NLCC 1996, p. 877 ss., pp. 918-932, spec. p. 926.

tratti aventi ad oggetto diritti di proprietà industriale ed intellettuale.

Si tratta innanzitutto di stabilire la sorte della clausola arbitrale quando si faccia questione della nullità o decadenza di un brevetto, sia d'invenzione sia di marchio. Tanto l'art. 78 della legge brevetti, infatti, quanto l'art. 59 della legge marchi, attribuiscono al Pubblico Ministero un potere d'azione in materia. Di conseguenza, in forza dell'art. 70 c.p.c., nei giudizi aventi tale oggetto la partecipazione del Pubblico Ministero è richiesta a pena di nullità.

In ragione di ciò una parte maggioritaria della dottrina e della giurisprudenza afferma l'inarbitrabilità delle controversie suddette. La motivazione è duplice.

Si sostiene, da alcuni, che la previsione di un intervento necessario della parte pubblica nel processo discenda dal carattere indisponibile dei diritti in questione, evidenziandolo: di qui, necessariamente, anche l'inarbitrabilità delle controversie che presentino un tale oggetto, in applicazione degli artt. 806 e 808 c.p.c. (100).

L'opinione maggioritaria nega invece l'indisponibilità dei diritti in questione (101), facendo purtuttavia discendere la non compromettibilità delle relative controversie dalla necessaria partecipazione del Pubblico Ministero (102).

Né l'una né l'altra delle opinioni ora riferite convincono.

Come altri ha efficacemente sottolineato (103), infatti, non sembra che i diritti delle parti private in una controversia in materia di nullità o decadenza di brevetto si possano ritenere indi-

---

(100) Cfr.: SENA, *I diritti sulle invenzioni e sui modelli industriali*, Milano, 1976, p. 266 ss. La giurisprudenza in tal senso è tuttavia minoritaria e risalente: per riferimenti cfr. BERTANI, sub *Art. 75 l. inv.*, punto VI, 3, in MARCHETTI-UBERTAZZI, *Commentario breve al diritto della concorrenza*, Padova, 1997, p. 1486.

(101) Cfr.: AGHINA, *Appunti in tema di arbitrabilità delle controversie sulla validità dei brevetti per invenzione*, RDInd, 1973, I, pp. 58-69, spec. p. 63; CANDIAN, *Rinuncia a far valere in futuro l'invalidità del brevetto*, Temi, 1954, p. 237 ss.; DI CATALDO, *Le invenzioni e i modelli*, Milano, 1993, p. 78; MANGINI, *La licenza di brevetto*, Padova, 1970, p. 150.

(102) Cfr.: AGHINA, *loc. cit.*; N. JAEGER, *I procedimenti in materia di privative industriali nel sistema del nuovo processo civile*, Giur. it., 1944, IV, c. 49 ss., spec. c. 58 ss. Per la giurisprudenza cfr. BERTANI, *op. loc. cit.*

(103) Cfr. per tutti GRECO-VERCELLONE, *Le invenzioni e i modelli industriali*, Torino, 1968, pp. 358-360, spec. p. 359.

sponibili. Il diritto del brevettante all'esclusiva, da una parte, è sicuramente rinunciabile. Lo stesso deve dirsi del diritto del concorrente ad esplicare senza limitazioni la propria attività economica concorrenziale a quella del primo, con particolare riguardo all'utilizzo di una determinata tecnologia, pur se innovativa. Non diversamente è lecito un contratto di licenza di *know-how*, anche quando il *know-how* sia rappresentato da un'invenzione brevettabile. Altro è l'interesse indisponibile: quello, appunto, pubblico, ad impedire la nascita di un'esclusiva legale sul bene immateriale con efficacia *erga omnes*, se non nei casi espressamente precisati dal legislatore.

Se ciò è vero, si deve conseguentemente concludere che l'ordinamento italiano consente l'arbitrabilità delle controversie in materia di nullità o decadenza di brevetti (104). Non vale in contrario sostenere la necessità dell'intervento del P.M. nel processo. Tale previsione, infatti, ha valore solo per il processo ordinario italiano, come regolato dal codice di procedura civile. Non ne ha alcuno, al contrario, per il processo affidato dalle parti ad arbitri privati. Ciò è vero già per l'arbitrato nazionale, ma vale certo, ed a maggior ragione (105), per il procedimento arbitrale internazionale.

Le decisioni arbitrali così rese avranno, di necessità, efficacia esclusivamente *inter partes* (106). L'art. 79 l. inv. e, rispettivamente, gli artt. 58, comma 3, e 59, comma 3, l. marchi, non si applicheranno infatti a tali decisioni, ma soltanto alle sentenze intervenute in esito ad un'azione esercitata davanti al giudice ordinario italiano, con l'intervento del P.M., in contraddittorio di tutti coloro che sono annotati nel registro rilevante (107).

Oltre a giustificarsi in base ad una corretta lettura del siste-

---

(104) Così già ID., *loc. cit*. In giurisprudenza, Corte d'appello Milano, sentenza 4 marzo 1980, *IPIR di Natale Zangheri c. John Wright & Sons Ltd.*, GADI, 1980, pp. 280-253.

(105) Se non altro per quel *favor* per l'arbitrato commerciale transnazionale che si deve desumere dalle convenzioni internazionali rilevanti. Cfr. *supra*, § 10. Sul *favor arbitrandum* in generale cfr. tra i molti, estesamente, HANOTIAU, *L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen*, JDI, 1994, pp. 899-966.

(106) Cfr. GRECO-VERCELLONE, *Le invenzioni*, cit., p. 360; Appello Milano, 4 marzo 1980, cit., p. 253.

(107) V. espressamente in questo senso Appello Milano, 4 marzo 1980, cit. Per la necessaria integrazione del contraddittorio, in tale ipotesi, cfr. art. 78,

ma, e a favorire il ricorso all'arbitrato in coerenza con gli impegni internazionali del nostro Paese, una simile soluzione ha il pregio ulteriore di fornire un quadro coerente all'ammissibilità, sancita dalla giurisprudenza e condivisa dalla dottrina, di un *dictum* degli arbitri in merito alle suddette questioni, quando esse non siano sollevate in via principale, ma incidentalmente, a titolo di mera eccezione. Una tale limitata ammissibilità finirebbe altrimenti per rivelarsi contraddittoria: quasi che si lasciasse alla parte interessata stabilire — per fatti concludenti — se il proprio diritto è disponibile o meno!

La soluzione accolta non pregiudica affatto di converso, infine, il raggiungimento dell'interesse pubblico di cui il Pubblico Ministero è portatore: resta infatti sempre al P.M. il potere d'agire in giudizio per far constare *erga omnes* la pretesa nullità o decadenza, determinando una corrispondente modifica dei registri.

17. Il rapporto fra arbitrato e trasferimento di tecnologia non può dirsi definito ove si trascuri di considerare il *software*. Nonostante la tendenze sempre più marcate ad estendere a questa forma di tecnologia la tutela brevettale, ciò significa, pur sempre, confrontarsi anche con il diritto d'autore. È attraverso tale paradigma, infatti, che il *software* trova protezione nell'ordinamento italiano, come in gran parte degli ordinamenti giuridici: tale soluzione è accolta, così, dal legislatore comunitario e confermata a livello mondiale dall'art. 10 dell'Accordo TRIPS, annesso all'Accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

Si è negata in dottrina (108) l'arbitrabilità di una controversia sull'esistenza del diritto patrimoniale d'autore, quando sia necessaria a tal fine una pronuncia sul titolo originario dell'acquisto. Ciò in quanto, in una simile ipotesi, gli arbitri conoscerebbero anche dei diritti morali, « indissolubilmente connessi alla persona dell'autore » (109), ed in particolare del diritto alla paternità dell'opera.

---

cpv., l. inv., quanto ai brevetti per invenzione. Per i marchi registrati cfr. art. 59, comma 2, l. marchi.

(108) AMMENDOLA, *Arbitrato e diritto d'autore*, AIDA, 1998, pp. 416-428.

(109) *Ivi*, p. 420.

Occorre in realtà innanzitutto chiedersi se si dia, in relazione al *software*, una protezione del diritto morale dell'autore. In diritto italiano la risposta è positiva. L'inserzione del *software* nel catalogo delle opere protette come opere dell'ingegno a carattere creativo, all'art. 2, n. 8, l. aut., comporta l'estensione a tale oggetto della disciplina complessiva del diritto d'autore, non delle sole disposizioni specificamente dettate dagli artt. 64-*bis* e seguenti l. aut. (110).

Quanto alla natura del diritto morale d'autore, l'art. 22 l. aut. ne sancisce espressamente l'inalienabilità, e ne presuppone la tendenziale indisponibilità (111).

In qualsiasi controversia avente ad oggetto la liceità dello sfruttamento patrimoniale di un *software* può essere eccepita la mancanza di legittimazione del preteso titolare, contestando la paternità dell'opera. Anche in relazione a tali questioni, tuttavia, il problema dell'arbitrabilità va correttamente affrontato secondo l'impostazione generale qui adottata.

L'accordo arbitrale, dunque, potrà essere affetto da nullità solo ove abbia come oggetto specifico la determinazione della paternità dell'opera. Quando il rapporto non sia puramente interno all'ordinamento, tuttavia, si dovrà ulteriormente vagliare la sfera di applicazione che la norma o il principio, da cui si desume la non compromettibilità, pretende. Il profilo è di particolare interesse, poiché il principio di non disponibilità del diritto morale d'autore non è universalmente accolto: se da un lato caratterizza gli ordinamenti europei continentali, è invece tendenzialmente rifiutato negli ordinamenti di *common law* (112).

18. La determinazione della sfera di applicazione della norma italiana sull'indisponibilità del diritto morale d'autore implica un'analisi non agevole dei rapporti tra disposizioni convenzionali e disposizioni interne in materia di (*software* e) diritto d'autore.

---

(110) Cfr. CAPPELLARO, sub *Art. 64*-quater *l. aut.*, in MARCHETTI-UBERTAZZI, *Commentario*, cit., p. 1858.

(111) Cfr. per tutti, con specifico riferimento al diritto alla paternità, SANTINI, *I diritti della personalità nel diritto industriale*, Padova, 1959, spec. pp. 26-30.

(112) Cfr. per tutti LOEWENHIELM, *Copyright in Civil Law and Common Law Countries: A Narrowing Gap*, AIDA, 1994, pp. 161-176, spec. p. 168.

Si tratta in primo luogo di chiarire se alla norma italiana che prevede l'indisponibilità del diritto di paternità sul *software* vadano estesi il principio del trattamento nazionale di cui all'art. 5, par. 1, della Convenzione di Berna — oltre che all'art. 3 TRIPS — e l'ulteriore principio, relativo all'indipendenza della protezione nello *Schutzland* rispetto alla protezione nel Paese di origine dell'opera, di cui all'art. 5, par. 2, CUB.

Se tali principi risultassero applicabili, la sanzione di indisponibilità varrebbe per ogni *software* il cui autore possa invocare la protezione convenzionale unionista. In altri termini, la norma italiana sull'indisponibilità avrebbe carattere di applicazione necessaria relativamente a tali ipotesi. L'elemento di estraneità rappresentato dalla nazionalità straniera dell'autore non sarebbe infatti sufficiente a privare di effetto la norma protettiva, tramite il richiamo di un diritto straniero, nemmeno nel caso di scelta di legge.

Per ciò che attiene all'Accordo TRIPS, se da un lato all'art. 10 si fa rinvio alla Convenzione di Berna quanto alla disciplina da accordare al *software*, la materia del diritto morale d'autore è esclusa espressamente — all'art. 9, disposizione di portata generale — dall'ambito di applicazione del rinvio effettuato a quella Convenzione. Tra l'art. 9 dell'Accordo ed il successivo art. 10 non intercorre un rapporto di genere a specie, tale per cui, assente ogni limitazione all'ampiezza del rinvio effettuato dall'art. 10, quest'ultimo debba intendersi comprensivo delle disposizioni sul diritto morale di cui all'art. 6-*bis* CUB. L'art. 10 è piuttosto una disposizione sull'interpretazione della Convenzione di Berna, vincolante per i soli Stati parte dell'OMC. Tale disposizione va ad integrare nella sua portata il rinvio di cui al precedente art. 9 TRIPS, e sottosta alle stesse limitazioni di quello.

Nello stesso senso depone il tenore letterale dell'art. 9. Quando si stabilisce che « *Members shall not have rights or obligations* under this Agreement (113) *in respect of the rights conferred under Article* 6-bis *of that Convention or of the rights derived therefrom* », si esclude chiaramente che simili diritti o obblighi sorgano da qualsiasi disposizione dell'Accordo TRIPS che operi un rinvio alla Convenzione di Unione di Berna.

---

(113) Il tondo è mio.

È esclusa con ciò l'applicazione dell'art. 3 TRIPS alla questione della disponibilità del diritto morale d'autore.

Ove si consideri la Convenzione di Berna, d'altro canto, pare assodato che il *software* rientra nel novero delle opere protette, almeno in quanto vengano in considerazione gli obblighi internazionali del nostro Paese. Secondo l'opinione dominante, infatti, ove uno Stato accordi al *software* la protezione delle opere dell'ingegno — come appunto è il caso dell'Italia — questo sarà tenuto ad applicare anche a tale oggetto la disciplina convenzionale, compreso il principio del trattamento nazionale (114). La conclusione non è però risolutiva. Si tratta di verificare, ulteriormente, la portata normativa da riconoscere all'art. 6-*bis*. Solo se da questo si debba desumere l'indisponibilità del diritto morale, si dovrà concludere per l'inarbitrabilità delle controversie in materia anche in relazione all'arbitrato commerciale transnazionale.

Orbene: da un lato si afferma esplicitamente, in quella disposizione, il diritto dell'autore a rivendicare la paternità dell'opera, pure qualora abbia ceduto i diritti patrimoniali. Dall'altro lato, tuttavia, nulla si dice in ordine alla natura di tale diritto, ed in particolare circa la sua disponibilità o indisponibilità. Non pare appropriato, pertanto, ritenere che si sia inteso con tale silenzio, e non con una posizione esplicita, uniformare le difformi soluzioni accolte nei diversi ordinamenti su tale delicata questione. Tale conclusione si impone, non foss'altro che in ossequio alla regola ermeneutica del diritto internazionale, secondo cui i trattati vanno interpretati, in caso di dubbio, nel senso meno gravoso per la sovranità degli Stati contraenti.

La questione della disponibilità dei diritti morali è dunque da ritenere esclusa dall'ambito di applicazione della Convenzio-

---

(114) Cfr. per tutti: KATZENBERGER, *General Principles of the Berne and the Universal Copyright Conventions*, in BEIER-SCHRICKER (a cura di), *GATT or WIPO? New Ways in International Protection of Intellectual Property*, Weinheim, 1989, pp. 43-52, spec. pp. 50 s. *Ivi* ulteriori indicazioni.

Secondo altri, poi, il *software* è oggetto sicuramente ricompreso nell'ambito di applicazione della CUB, indipendentemente da scelte unilaterali di una o più parti contraenti. In questo senso cfr. KEPLINGER, *La paternité des oeuvres à l'ère de l'information. La protection des programmes d'ordinateur en vertu de la Convention de Berne et de la Convention universelle sur le droit d'auteur*, DA, 1985, pp. 98-109, spec. p. 108.

ne (115). Essa è lasciata piuttosto ai singoli diritti nazionali, come individuati dalle norme di conflitto rilevanti nel caso concreto.

In diritto italiano, come detto, la natura indisponibile del diritto di paternità è oggetto di regolamentazione nella legge sul diritto d'autore. Questa legge contiene, al suo Titolo VI, disposizioni relative alla determinazione della propria sfera d'applicazione. Si tratta degli artt. 185, 186, e 187 ss. l. aut.

Resta escluso in primo luogo il rilievo dell'art. 186, relativo ai casi in cui si dà applicazione alla normativa di origine convenzionale.

Quanto alle ipotesi non coperte dalla disciplina convenzionale, l'art. 185 dispone l'applicazione della legge italiana agli autori italiani, nonché agli autori stranieri domiciliati in Italia, le cui opere siano state qui pubblicate per la prima volta. Da tale disposizione si ricava allora l'*autodelimitazione* della norma sull'indisponibilità del diritto morale d'autore, e dunque la sua necessaria applicazione alle fattispecie ivi considerate.

Al di fuori dei casi ivi contemplati, l'applicazione degli artt. 187 ss. l. aut., astrattamente rilevanti, è sospesa in forza dell'art. unico del d.lgs. C.P.S. 23 agosto 1946, n. 82. Il menzionato decreto del Capo Provvisorio dello Stato dispone che, ove non ricorrano le condizioni di cui all'art. 185 l. aut. e fatte salve le convenzioni internazionali, le opere di autori stranieri sono protette a condizione di reciprocità. A questa norma si sono sovrapposti gli artt. 54 e 24 LDIP, rispettivamente in materia di diritto patrimoniale d'autore, in quanto diritto su bene immateriale, ed in materia di diritto morale, in quanto diritto della personalità. Ai nostri fini immediati viene dunque in considerazione l'ultima delle disposizioni citate, in forza della quale è richiamata la legge nazionale del soggetto che invoca protezione. Resta comunque necessaria la reciprocità, richiesta tanto dalla disposizione speciale del citato decreto, quanto dall'art. 16 prel.

Tale essendo il quadro normativo di riferimento, qualora la legge nazionale dell'autore del *software* preveda la disponibilità

---

(115) In tal senso già PIOLA CASELLI, *A propos de l'article 6*-bis *de la Convention de Berne revisée*, DA, 1935, pp. 66-68, spec. p. 67. Cfr. anche: NORDEMANN-VINCK-HERTIN, *International Copyright and Neighbouring Rights Law*, Weinheim, 1990, p. 87; *ivi* ulteriori riferimenti.

del diritto morale di paternità, tale soluzione sarà riconosciuta anche dall'ordinamento italiano, in forza del rinvio operato dall'art. 24 LDIP (116), e la controversia relativa sarà compromettibile in arbitri. La più intensa protezione del diritto italiano non troverà infatti applicazione, non essendo evidentemente soddisfatta la condizione di reciprocità richiesta dalle norme speciali sull'applicazione della legge sul diritto d'autore.

Nel caso in cui, per contro, la legge richiamata qualifichi il diritto di paternità come diritto indisponibile, tale qualificazione, e la conseguente non arbitrabilità delle controversie, sarà osservata nell'ordinamento italiano solo ove nello Stato il cui diritto è richiamato sia riconosciuta al cittadino italiano la tutela dell'indisponibilità, come prevista dalla normativa interna di quello Stato, o dalla diversa legge richiamata dalle norme di conflitto.

19. Nell'affrontare il problema della compromettibilità delle controversie in materia *antitrust* è opportuno muovere dall'analisi del diritto comunitario, e di lì portarsi ad analizzare i dati di origine interna, e ciò per almeno due motivi.

Innanzitutto, queste pagine sono dedicate allo studio del fenomeno arbitrale transnazionale: ciò comporta il primario rilievo della soluzione accolta dall'ordinamento comunitario, rispetto a quelle prevalenti negli Stati membri, data l'attinenza al primo delle fattispecie transnazionali in materia di intese e posizioni dominanti.

Ancora, come è risaputo, è nel regime dettato dagli artt. 81 e 82 del Trattato CE il modello che il legislatore interno ha seguito nell'introduzione di un diritto italiano *antitrust*: è necessario allora verificare innanzitutto se l'ordinamento comunitario abbia sviluppato, in materia di compromettibilità, dei principi atti ad informare la soluzione nazionale, o se non lasci piuttosto il problema alla libera determinazione degli Stati membri, fatti salvi alcuni limiti a tale libertà, in omaggio al principio di sussidiarietà e di attribuzione delle competenze normative comunitarie (117).

---

(116) Salvo comunque l'eventuale operare dell'ulteriore rinvio, nei casi previsti dall'art. 13 LDIP.

(117) Manca infatti una competenza comunitaria generale in materia di diritto processuale. Solo con il Trattato di Amsterdam è stata introdotta la previsio-

L'applicazione del diritto comunitario *antitrust* è un campo in cui la competenza della Commissione si raccorda, per alcuni aspetti, all'attività dei giudici degli Stati membri. Questi ultimi, in particolare, sono chiamati ad applicare gli artt. 81 e 82 CE nei rapporti interprivati (118). In particolare, è il disposto proibitivo dell'art. 81, nn. 1 e 2, a trovare diretta applicazione attraverso la pronuncia del giudice. Resta invece esclusa, *de iure condito* almeno (119), la possibilità per il giudice di esercitare il potere di esenzione previsto al n. 3 dello stesso articolo.

Nulla si ricava dalle fonti comunitarie in materia di compromettibilità delle questioni attinenti alla concorrenza la cui cognizione normalmente rientra nella competenza del giudice ordinario. È la giurisprudenza della Corte di giustizia ad offrire un'utile chiave di lettura dei rapporti fra arbitrato e diritto comunitario della concorrenza.

Il punto di riferimento per comprendere l'atteggiamento dell'ordinamento comunitario rispetto all'arbitrabilità delle controversie che mettono in gioco l'applicazione del diritto *antitrust*

---

ne di una competenza specifica, relativa a « misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile che presenti implicazioni transfrontaliere (...) e per quanto necessario al corretto funzionamento del mercato interno ». Tali misure includono, in particolare « l'eliminazione degli ostacoli al corretto svolgimento dei procedimenti civili, se necessario promuovendo la compatibilità delle norme di procedura civile applicabili negli Stati membri »: art. 65, lett. *c*).

(118) Cfr. la Comunicazione della Commissione sulla cooperazione tra i giudici nazionali e la Commissione nell'applicazione degli artt. 85 e 86 del Trattato CEE (ora artt. 81 e 81 CE), 93/C 39/05, in *GUCE* n. C 39 del 13 febbraio 1993, pp. 6-13.

(119) Così dispone attualmente l'art. 9 del Regolamento n. 17 del Consiglio del 6 febbraio 1962, Primo regolamento di esecuzione degli artt. 85 e 86 del Trattato (ora artt. 81 ed 82). A seguito della pubblicazione del Libro bianco sulla modernizzazione delle norme per l'applicazione degli artt. 81 e 82 del Trattato CE, tuttavia, la Commissione ha recentemente presentato una proposta di riforma, che estenderebbe assai i poteri di cognizione dei giudici nazionali, chiamati ad esercitare una sempre maggiore discrezionalità. L'art. 6 della proposta di Regolamento, infatti, conferirebbe espressamente alle « giurisdizioni nazionali dinanzi alle quali è fatto valere il divieto di cui all'art. 81, par. 1 del trattato » il potere di « applicare l'art. 81, par. 3 ». Cfr. COM (2000) 582 def., « Proposta di Regolamento del Consiglio concernente l'applicazione alle imprese delle regole di concorrenza di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato, recante modifica dei Regolamenti (CEE) n. 1017/68, (CEE) n. 2988/74, (CEE) n. 4056/86 e (CEE) 3975/87 », presentata dalla Commissione il 27 settembre 2000.

è la recente decisione della Corte nel caso *Eco Swiss China Time c. Benetton* (120). In tale occasione la Corte si confronta con la seguente situazione: una controllata olandese del gruppo tessile trevigiano *Benetton* e la *Bulova Watch Co.*, con sede a New York, affidano ad un'impresa di Hong Kong, la *Eco Swiss China Time*, la produzione di orologi recanti il marchio *Benetton by Bulova*. Il complesso rapporto trilaterale, sottoposto dalle parti al diritto olandese, ruota attorno ad una licenza di marchi, procedendo per il tramite di questa ad una rigida spartizione del mercato comunitario. A *Bulova* è concessa licenza esclusiva relativa alla distribuzione per l'Italia; per gli altri Stati membri, invece, ad *Eco Swiss*. Il contratto deferisce le eventuali controversie nascenti dalla sua esecuzione ad un arbitrato da condursi secondo le regole del *Nederlandse Arbitrage Institut*.

Insorta una controversia ed investito della questione un collegio arbitrale, *Benetton* è dichiarata inadempiente con una prima decisione, che demanda tuttavia all'accordo delle parti la determinazione della riparazione dovuta. *Benetton* non solleva durante la procedura alcuna eccezione fondata sull'applicazione del diritto comunitario della concorrenza, né contesta nel termine di legge la validità della decisione arbitrale, che diviene pertanto definitiva. Mancando l'accordo sull'entità del risarcimento, il collegio arbitrale è nuovamente adito, e condanna *Benetton* al pagamento di un'ingente somma. Solo a questo punto *Benetton* adisce la giurisdizione ordinaria olandese, opponendosi all'esecuzione delle decisioni arbitrali e chiedendone, con separato giudizio, l'annullamento.

Benetton fa valere la nullità del contratto, in quanto posto in essere in violazione dell'art. 81 CE. Lo *Hoge Raad*, adito da *Eco Swiss* per cassazione di una pronuncia del *Gerechtshof Gra-*

---

(120) CGCE, sentenza 1° giugno 1999, *Eco Swiss China Time c. Benetton International NV*, causa C-126/97, Racc. 1999, p. I-3055. Sulla decisione cfr.: RADICATI DI BROZOLO, *Arbitrato, diritto della concorrenza, diritto comunitario e regole di procedura nazionali*, Riv. Arb., 1999, pp. 686-697; cfr. inoltre le note di: ARHEL, Rev. conc. cons., 1999, n. 111, pp. 54-60; BASTIANON, Foro It., 1999, IV, c. 471-483; FURSE-D'ARCY, ECLR, 1999, pp. 392-394; IDOT, Revue Arb., 1999 pp. 639-653; WIJCKMANS, Rev.dr.comm.B, 1999, pp. 741-742.

venhage che sospende l'esecuzione delle decisioni arbitrali impugnate, si rivolge alla Corte di giustizia (121).

Le questioni proposte attengono al rapporto tra limiti e preclusioni all'impugnazione dei lodi nel diritto processuale olandese, da una parte, e diritto comunitario della concorrenza dall'altra. La Corte olandese si chiede se il rispetto dovuto al diritto comunitario della concorrenza imponga di disapplicare una regola processuale che preclude alle parti di un procedimento arbitrale l'impugnazione della decisione per nullità, quando non abbiano fatto valere il motivo di nullità nell'ambito della procedura arbitrale stessa; ancora, se per lo stesso motivo si debba disapplicare l'ulteriore regola processuale che prevede l'estinzione del diritto di impugnazione del lodo nel termine di tre mesi.

La questione dell'arbitrabilità delle controversie che sollevano questioni di diritto comunitario della concorrenza, seppure non in primo piano, è ben presente: se si vuole, quale presupposto necessario della procedura pregiudiziale in esame (122). Ci si confronta infatti con un sistema processuale nazionale che permette la devoluzione in arbitri delle questioni *antitrust,* affidando esclusivamente alle parti il potere di invocare la contrarietà del contratto al diritto *antitrust*; ancora, il potere delle parti di invocare tali violazioni incontra precisi limiti di giudicato, interni ad una procedura in cui non interviene alcun soggetto deputato alla tutela dell'interesse pubblico. Infine, anche ove il giudicato non si sia formato, la contrarietà di un contratto al diritto *antitrust* non costituisce, secondo lo *Hoge Raad*, infrazione dell'ordine pubblico, e non consente dunque di invocare la nullità del lodo arbitrale che, a torto, non abbia rilevato la suddetta violazione. In breve, ci si confronta con un diritto, quello olandese, che lascia alle parti la piena disponibilità in ordine alle pretese civilistiche nascenti dalla violazione delle norme *antitrust*.

La Corte di giustizia assume un atteggiamento prudente.

---

(121) Per le decisioni delle Corti olandesi nel procedimento che ha dato origine alla pronuncia pregiudiziale cfr. Riv. Arb., 1999, pp. 297-307, con nota di GIARDINA, *Rispetto del diritto comunitario della concorrenza e regole nazionali concernenti il principio dispositivo e l'effetto di cosa giudicata dei lodi parziali non impugnati*, *ibidem*, pp. 307-312; Ybk. Comm. Arb., 1998, XXIII, pp. 180-195; il testo dell'intera decisione dello *Hoge Raad*, in lingua olandese, è in Ned. Jur., 1998, al n. 207, pp. 1059-1084.

(122) Così già RADICATI DI BROZOLO, *op. cit.*, p. 675.

Da un lato sottolinea l'importanza fondamentale del rispetto del regime comunitario di libertà della concorrenza: la decisione in parola interviene allora a precisare i rapporti tra diritto comunitario e un sistema quale il sistema processuale olandese, imponendo la considerazione della violazione del diritto comunitario della concorrenza come motivo di annullamento del lodo (123).

Dall'altro lato, in modo implicito, ma non meno evidente, la sentenza riconosce gli Stati membri liberi di prevedere nel proprio ordinamento la disponibilità delle relative controversie interprivate; ammette, oltre a ciò, l'efficacia di limiti procedimentali alla stessa possibilità di invocare l'illiceità del contratto per violazione delle norme *antitrust* (124).

Non appare convincente, pertanto, l'opinione dell'avvocato generale Saggio, secondo il quale, rientrando le questioni sollevate nella sfera di applicazione degli artt. 81 e seguenti CE, ci si confronterebbe per ciò stesso con diritti indisponibili (125). Tale opinione è addotta in particolare per sostenere la riconducibilità delle norme comunitarie *antitrust* al concetto di ordine pubblico di cui all'art. 1065 del codice di procedura civile olandese, ai fini dell'impugnazione per nullità.

---

(123) Dopo aver rilevato, al punto 36 della decisione, che « l'art. 81 CE costituisce, ai sensi dell'art. 3, lett. *g*), del Trattato CE (...) una disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno », sottolineando che « l'importanza di una disposizione siffatta ha indotto gli autori del Trattato a prevedere espressamente, al n. 2 dell'art. 81 CE, che gli accordi e le decisioni vietati in virtù di tale articolo sono nulli di pieno diritto », la Corte conclude, pertanto, che « nei limiti in cui un giudice nazionale debba, in base alle proprie regole di procedura interne, accogliere un'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale fondata sulla violazione delle norme nazionali di ordine pubblico, esso deve ugualmente accogliere una domanda fondata sulla violazione del divieto sancito dall'art. 81, n. 1, CE », confermando inoltre che tale soluzione deve trovare seguito anche ove si applichi la Convenzione di New York del 1958 sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi stranieri.

(124) Le norme nazionali che impongono un termine di tre mesi dal deposito del lodo, a pena di estinzione del potere di impugnazione, non vanno disapplicate, precisa la Corte, « anche se ciò sia necessario per poter esaminare, nell'ambito del procedimento d'impugnazione per nullità diretto contro il lodo arbitrale successivo, se un contratto, la cui validità giuridica è stata stabilita dal lodo arbitrale interlocutorio, sia tuttavia nullo poiché in contrasto con l'art. 81 CE ».

(125) Cfr. Conclusioni dell'avvocato generale Antonio Saggio, punto 42.

Ora, nulla vi è da obiettare quanto al carattere di ordine pubblico della normativa rilevante. Ammettendosi peraltro il ricorso all'arbitrato e la definitività della decisione arbitrale, sembra difficile sostenere l'indisponibilità, nei rapporti interprivati, dei diritti che trovano fonte nella suddetta normativa *antitrust*. Il « rischio di cristallizzare definitivamente, anche in ragione degli interessi dei privati, situazioni contrarie all'interesse comune » non è definitivamente superato, ove si conceda alla parte soccombente in un procedimento arbitrale la possibilità di invocare la nullità della decisione. Non è il principio dispositivo ad essere toccato quando si attribuisce alla parte soccombente nel procedimento arbitrale il potere di impugnare il lodo per contrarietà all'ordine pubblico (126): è sempre il comportamento processuale delle parti ad « assumere rilievo determinante ».

La conseguenza che deriva dalla giurisprudenza della Corte — ed oltre alla sentenza *Benetton* va senz'altro ricordata la sentenza *van Schijndel* (127) — è piuttosto nel senso della indifferenza, per il diritto comunitario *antitrust*, delle soluzioni nazionali in tema di disponibilità dei diritti dei singoli in materia. Sono gli ordinamenti nazionali a stabilire, pertanto, la natura disponibile o meno delle pretese fondate sulla violazione delle norme comunitarie in materia di concorrenza. La ragione di ciò è presto detta: nel sistema comunitario di tutela della libera concorrenza è la Commissione ad essere essenzialmente investita del compito di tutelare l'interesse generale, tramite una procedura di tipo pubblicistico, non invece i singoli concorrenti. È allora tanto più interessante verificare come la stessa Commissione ab-

---

(126) Così invece *ibidem*.

(127) CGCE, sentenza 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93, *Jeroen van Schijndel, Johannes Nicolaas Cornelis van Veen c. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*, Racc., 1995, p. I-4705. In risposta ad una questione pregiudiziale rivoltale dallo *Hoge Raad der Nederlanden*, chiamato a decidere una controversia comportante l'applicazione del diritto comunitario *antitrust*, la Corte aveva statuito allora che, per il giudice nazionale investito di una controversia avente ad oggetto diritti ed obblighi *di cui le parti possono liberamente disporre*, l'obbligo di applicare *ex officio* gli artt. 85, 86 e 90 CE (ora 81, 82 e 86 CE) sussiste... solo nel caso in cui il diritto processuale nazionale lo preveda, o preveda almeno il corrispondente potere. Sulla decisione cfr. le note di: BERROD, RMUE, 1996, n. 1, pp. 200-204; CAHN, ZeuP, 1998, pp. 974-980; CARANTA, Giur. it., 1996, I, cc. 1289-1294; HEUKELS, CMLR, 1996, pp. 337-353; KLESTA DOSI, NGCC, 1996, II, pp. 336-337; SIMON, JDI, 1996, pp. 468-471.

bia mutato il suo iniziale atteggiamento di sfiducia nei confronti dell'arbitrato (128), che trovava espressione nei progetti di regolamento d'esenzione per gli accordi di licenza di brevetto di inizio anni '80 (129). In una decisione di esenzione del 1989, relativa ad un accordo di distribuzione di opere cinematografiche, la Commissione fonda il proprio gradimento, tra l'altro, sulla presenza di una clausola arbitrale per la risoluzione di eventuali controversie relative alla distribuzione dei film o all'accesso agli schermi cinematografici (130).

20. Venendo dunque all'ordinamento italiano, la compromettibilità delle questioni comportanti l'applicazione del diritto *antitrust* discende dall'applicazione dei principi generali in tema di arbitrabilità.

È vero infatti che le norme *antitrust*, sia comunitarie sia nazionali, sono dettate a tutela di interessi generali. Non tutte le posizioni giuridiche che nascono da quelle norme, tuttavia, sono indisponibili. Una cosa, invero, sono le posizioni e pretese reciproche fra concorrenti, altra cosa gli effetti che tali rapporti possono esercitare sulla struttura complessiva del mercato. È per tutelare quest'ultima, e non la posizione del singolo, che sono attribuiti poteri di natura pubblicistica alla Commissione ed all'Autorità Garante della concorrenza e del mercato.

Di per sé, dunque, il diritto dell'imprenditore a non essere limitato nell'esercizio della propria attività economica è liberamente disponibile, potendo formare oggetto di transazione.

Ciò che è indisponibile, perché rileva della sfera pubblicistica, è il (diritto ad un) mercato dalla struttura concorrenziale.

---

(128) Sull'atteggiamento della Commissione cfr. anche TEMPLE LANG, (*International Arbitration, Panel Discussion*), in HAWK (a cura di), *Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy 1994*, Irvington-on-Hudson (NY)-The Hague, 1995, pp. 415-426, p. 418 ss.

(129) Cfr. BERNINI, *L'arbitrabilità delle controversie comportanti l'applicazione delle regole comunitarie e/o nazionali a tutela della concorrenza e del mercato: in particolare della l. 10 ottobre 1990, n. 287*, in VACCÀ (a cura di), *La pubblicità: figure contrattuali, tutela del consumatore, salvaguardia della concorrenza*, pp. 157-187, p. 166.

(130) Cfr. l'art. 1, punto 59, della Decisione della Commissione del 12 luglio 1989, relativa ad un procedimento in forza dell'art. 85 del Trattato CEE (IV/30.566 - UIP), 89/467/CEE, in *GUCE* n. L 226, pp. 25-33, p. 33.

Nel momento in cui l'atto di disposizione sia diretto a modificare tale struttura di mercato, la sua funzione sociale diviene illecita, e nessuna transazione è più possibile (cfr. art. 1972 c.c.) (131). Tale lettura si impone anche in relazione all'arbitrato internazionale (132): le norme sulla tutela della struttura concorrenziale del mercato hanno infatti vocazione ad applicarsi a prescindere dalla legge applicabile al merito della controversia. Sia le norme comunitarie, sia le norme interne *antitrust*, trovano cioè una autonoma (ed internazionalmente imperativa) determinazione della propria sfera di efficacia nel criterio degli effetti sostanziali sul mercato, rispettivamente comunitario o (solo) nazionale.

Ove invece l'oggetto del contratto sia di per sé lecito, la mera produzione di effetti potenzialmente contrastanti con il diritto *antitrust* non esclude il potere delle parti di attribuire ad arbitri la cognizione sulle posizioni giuridiche soggettive nascenti dal contratto stesso. Il limite sarà, in tal caso, quello indicato dalla Cassazione nella già citata sentenza n. 2406/1989, *Quacker* (133). Solo ove la clausola compromissoria sia specificamente diretta a rimettere in arbitri la questione della compatibilità degli effetti prodotti dall'accordo controverso con il diritto della concorrenza si avrà nullità della clausola, in forza del combinato disposto degli artt. 806-808 c.p.c. e 1966 c.c.

In questo stesso senso si è espressa la giurisprudenza, confortata dalla dottrina (134). La Corte d'appello di Bologna, in

---

(131) Per tale corretta lettura dei limiti applicativi dell'art. 1972 c.c. cfr. CRISCUOLO, *Ancora sulla compromettibilità in arbitri della questione di nullità del contratto per illiceità*, nota a Tribunale di Milano, sentenza 14 aprile 1997, Riv.Arb. 1998, pp. 275-281, p. 280 s.; *ivi* ulteriori riferimenti al dibattito dottrinale circa i rapporti fra art. 1972 c.c. e compromettibilità delle controversie. In relazione allo specifico tema della compromettibilità delle questioni riguardanti il diritto della concorrenza cfr., per la soluzione indicata nel testo, BERNINI, *L'arbitrabilità*, cit., p. 171.

(132) Per conclusioni compatibili con la soluzione illustrata nel testo, in base ad un ragionamento svincolato dalle particolarità dei diritti nazionali, cfr. esplicitamente DERAINS, *Rapport*, in ICC, *Competition and Arbitration Law*, cit., pp. 251-259, p. 256. Cfr. anche GOLDMAN, *Conclusions*, *ibid.*, pp. 331-339, p. 337: se la clausola compromissoria riflette la volontà delle parti di eludere le regole della concorrenza, « *cette clause est purement et simplement nulle* ».

(133) Cassazione n. 2406/89 cit. Cfr. *supra* § 15.

(134) Cfr.: FUMAGALLI, *Mandatory Rules and International Arbitration: An*

una decisione del 1990 (135), si è esplicitamente richiamata alla già citata decisione della Cassazione nel caso *Quacker*, confermando la validità di una clausola compromissoria inserita in un contratto di distribuzione, nonostante la presenza di una clausola di non concorrenza, che una parte pretendeva incompatibile con il diritto *antitrust*.

VI.

21. Qual è la posizione dell'arbitro transnazionale di fronte alle disposizioni dei vari diritti nazionali in tema di compromettibilità?

Non essendo organo giurisdizionale di un determinato Stato, l'arbitro non è destinatario del precetto, posto da questo o quell'altro ordinamento statuale, in materia di compromettibilità. Le norme in parola si rivolgono in realtà alle autorità giudiziarie nazionali, prescrivendo a quelle di constatare l'inefficacia di un'eventuale convenzione arbitrale contraria, nonché di pronunciare, ove richieste, il diniego di esecuzione o l'annullamento di una decisione arbitrale raggiunta alla stregua di un tale patto compromissorio.

L'arbitro è giudice privato, giudice contrattuale, richiesto dalle parti di rendere una decisione imparziale utile a comporre la controversia insorta. Il contratto con le parti, da cui esso trae la propria investitura, è anche fonte degli obblighi di cui l'arbitro è destinatario in tema di arbitrabilità. Questi ultimi sono da ricondurre, essenzialmente, all'obbligo di rendere una decisione utile, eseguibile anche ove una delle parti non presti la propria cooperazione.

Italian Perspective, in *Bulletin ASA*, 1998, p. 51 ss.; RADICATI DI BROZOLO, *op. cit.*, p. 673. Cfr. inoltre: CAPORALE, *L'arbitrato e il diritto* antitrust: *verso un'estensione della competenza arbitrale*, Dir. Comm. Int., 1993, p. 723 ss.; FALVELLA, *Validità della clausola compromissoria e compromettibilità in materia di concorrenza*, Giust. civ., 1997, I, 1373; ROSI, *Arbitrabilità delle controversie in materia di concorrenza*, Riv.Arb., 1993, p. 80 ss.

(135) Corte d'appello di Bologna, 11 ottobre 1990, *Coveme s.p.a. c. CFR - Compagnie Française des Isolants S.A.*, Dir. Comm. Int., 1993, p. 725 ss. La decisione ha riformato, nel senso chiarito nel testo, l'opposta conclusione raggiunta da Tribunale di Bologna 18 luglio 1987, RDIPP 1988, p. 740 ss.

Le disposizioni statuali in materia di arbitrabilità interessano l'arbitro sotto l'angolo visuale degli effetti che sono passibili di produrre sul lodo. L'arbitro deve a tal fine individuare la legge o le leggi applicabili alla validità della convenzione arbitrale.

Verranno in conto innanzitutto le disposizioni dello Stato in cui è la sede dell'arbitrato, o al cui diritto è sottoposto l'arbitrato. Infatti, ove la non osservanza di tali prescrizioni porti con sé il rischio di annullamento della decisione arbitrale, l'arbitro non potrà esimersi dal tenerne conto. Nel caso di annullamento nel Paese di origine, come è noto, il sistema convenzionale comporta in linea di principio la paralisi del lodo, e la sua inutilità (136).

Nel caso in cui le caratteristiche della decisione, dell'oggetto della controversia, o delle parti della stessa, rendano necessario assicurare l'eseguibilità del lodo in un Paese determinato, l'arbitro dovrà tenere conto delle relative prescrizioni in materia di compromettibilità.

Vi è di più: l'arbitro dovrà stabilire, alla stregua delle domande avanzate dalle parti e dei possibili contenuti della sua futura decisione, se vi sia, ed in tal caso quale sia, una « sede naturale » della lite, il centro di gravità di quella: un ordinamento giuridico in cui la decisione, se vorrà essere utilmente resa, dovrà naturalmente trovare riconoscimento.

Una tale sede naturale non vi sarà, ad esempio, quando si verta, nell'ambito di un contratto di compravendita, del pagamento di una somma di denaro a titolo di corrispettivo, o di risarcimento del danno per inadempimento. Una sede naturale, per contro, vi potrà essere nel caso di controversie sull'utilizzazione di beni immateriali all'interno di un determinato mercato, o relative a comportamenti concorrenziali sleali o anticompetitivi. Tale sede naturale sarà da rinvenire nello Stato nel cui mercato il bene immateriale riceve protezione ed è utilizzato, lo *Schutzland*, ovvero il cui mercato è interessato dagli effetti dei comportamenti suddetti. Al diritto di tale Stato dovrà presumersi le parti abbiano inteso sottoporre anche la validità della convenzione arbitrale.

---

(136) Non potrà far conto l'arbitro, ad avviso di chi scrive, sulla possibilità, invero remota, che al lodo così annullato sia comunque assicurata esecuzione in altri ordinamenti. Per alcuni precedenti in cui è stata data esecuzione ad un lodo annullato nel Paese di origine cfr. comunque *infra*, § 25.

In simili casi, pertanto, l'arbitro dovrà prendere in considerazione le regole poste, in materia di compromettibilità, dall'ordinamento di tale Stato. Ove queste conducano ad una valutazione di non arbitrabilità della lite, l'arbitro non potrà disattendere tale valutazione. Dovrà invece spogliarsi della controversia, indipendentemente dall'atteggiamento del *forum annullationis*.

Neppure la circostanza che una forma di esecuzione sia comunque possibile sui beni che le parti possiedano al di fuori di quello Stato dovrebbe rilevare in senso contrario. Il mandato dell'arbitro è, infatti, quello di risolvere definitivamente la lite insorta tra le parti. Nell'ipotesi in esame ciò non è possibile. Una decisione arbitrale non farebbe che aprire la strada ad una duplicità, se non ad una molteplicità, di procedimenti in diversi Stati, potenzialmente contraddittori fra loro e con il lodo. Con ciò sarebbe non solo contraddetta la missione dell'arbitro: sarebbe tradito lo stesso spirito di una giustizia transnazionale.

22. Il confronto con la prassi arbitrale è operazione disagevole. La causa di ciò è nella natura stessa del procedimento arbitrale, in particolare nella sua istituzionale riservatezza, che si somma alle particolari esigenze di riservatezza proprie delle controversie di cui si occupa questo studio. Non sono molte, dunque, le decisioni arbitrali pubblicate in materia di proprietà intellettuale, e di quelle pubblicate non si leggono che estratti. È comunque utile provare ad analizzare i dati che emergono dalla prassi, relativa all'attività della Camera di Commercio Internazionale (137), alla luce delle premesse sistematiche esposte in precedenza. Per l'attinenza con l'oggetto dello studio si dimostra

(137) L'attività della CCI nel campo della proprietà industriale ed intellettuale è significativa: secondo i dati del 1994 il 15,9% delle cause CCI introdotte in quell'anno riguardava questioni « *based on licensing, technology transfer or other agreements concerning creative rights (patents of invention, integrated circuits, software, copyright and audiovisual rights, know-how, technical assistance and information)* ». Non è molto distante il dato di una precedente stima, relativa al 1977: in quell'anno la quota di cause aventi simile oggetto ammontava al 14%. Se a ciò si aggiungono le questioni relative al diritto di marchio, escluse dalla stima, ma strettamente collegate ad un altro settore di intensa attività per la CCI, quello dei contratti di distribuzione, si coglie appieno l'importanza di tale istituzione anche nello specifico settore che è oggetto di questa ricerca. Per tali dati cfr. *ICC Court Bulletin*, vol. 6, n. 1, May 1995, p. 5.

utile il riferimento, oltre che a decisioni in materia di diritti di proprietà industriale ed intellettuale, anche ad alcune decisioni relative alla compromettibilità di questioni di diritto *antitrust*.

Alcuni dei lodi pubblicati rivelano un approccio degli arbitri, in materia di compromettibilità, improntato ad un automatismo un po' sbrigativo. A volte, infatti, il problema dell'arbitrabilità non sembra nemmeno preso in considerazione: così, a quanto si ricava dagli estratti pubblicati, nei casi n. 2811 del 1978 e n. 7539 del 1995.

Il primo caso (138) è relativo ad un contratto di distribuzione, sottoposto dalle parti al diritto italiano. L'arbitro siede a Losanna. Il concedente italiano garantisce al concessionario francese esclusiva territoriale assoluta sul mercato francese. Insorta una questione di validità dell'intesa alla luce del diritto comunitario *antitrust*, questa è affrontata e risolta dall'arbitro nel senso della validità. Nessun cenno è fatto al profilo della compromettibilità della questione stessa.

Nel caso n. 7539 del 1995 (139) una società francese, titolare di un brevetto greco, adisce gli arbitri chiedendo la condanna per inadempimento del suo licenziatario per la Grecia, una società ellenica. Il Tribunale arbitrale siede a Parigi. La decisione tace, essa pure, sul problema della compromettibilità della controversia, nonostante l'eccezione di nullità del brevetto sollevata dal convenuto, e la domanda riconvenzionale dallo stesso avanzata, mirante alla condanna della controparte per non avere essa fatto rispettare, nei confronti di altri licenziatari, comunitari e non, la clausola di esclusiva territoriale assoluta contenuta nel contratto.

Nel caso CCI n. 6036 del 1989 (140) un'impresa americana, proprietaria di un brevetto concesso per il mercato italiano, aveva concluso con un'impresa italiana un contratto di licenza, destinato a produrre effetti per l'intera durata del brevetto. Nel periodo di vigenza del contratto era intervenuta l'estensione della

---

(138) Sentenza resa nel caso CCI n. 2811 del 1978, in JDI, 1979, p. 983 ss., con commento di DERAINS, pp. 982 s., 986 ss.

(139) JDI, 1996, p. 1030 ss., nota Y.D(erains), pp. 1034-1037.

(140) Riv.Arb. 1994, p. 593 ss., con nota di VIGORITI, *Compromettibilità e convincimento degli arbitri*, *ivi*, pp. 596-598; v. anche *ICC Court Bulletin*, vol. 5, n. 1, May 1994, p. 67 ss.

durata legale del brevetto italiano, accompagnata tuttavia dalla previsione della facoltà, per i licenziatari e i terzi non contraffattori che avessero sostenuto investimenti in vista del termine dell'esclusiva legale, di ottenere licenza obbligatoria gratuita (141). L'impresa italiana aveva puntualmente ottenuto tale licenza gratuita dal ministero competente. Il titolare del brevetto adisce gli arbitri per sentir condannare la controparte al pagamento delle *royalties* anche per il periodo coperto dalla licenza ministeriale.

Nella relativa decisione si affronta, sì, la questione della compromettibilità, sollevata dalla convenuta, ma l'analisi è condotta in una prospettiva troppo riduttiva e non condivisibile. Dalla lettura della decisione, infatti, la questione dell'arbitrabilità emerge come una pura questione di interpretazione dell'accordo compromissorio. Secondo tale approccio, dunque, sarebbe arbitrabile tutto ciò che è incluso nell'accordo, o riconducibile ad esso, non arbitrabile solo ciò su cui le parti non hanno inteso compromettere. Ben altra analisi avrebbe richiesto la questione (142). Gli arbitri avrebbero dovuto, in particolare, individuare il diritto statuale applicabile alla questione della validità della clausola compromissoria. In esito a tale analisi, avrebbero certo individuato come applicabile il diritto italiano. Anche applicando le regole in materia di arbitrabilità poste dal diritto italiano, la conclusione quanto alla sussistenza del potere cognitivo arbitrale sarebbe stata comunque, verosimilmente, positiva (143).

Procedendo oltre nell'esame delle decisioni CCI in materia di proprietà industriale, si incontrano, ed in numero preponde-

---

(141) L'art. 4 d.P.R. 22 giugno 1979, n. 338, *GU* n. 215 del 7 agosto 1979, estende la durata del brevetto italiano da 15 a 20 anni. L'art. 84 dello stesso decreto prevede che il licenziatario e chi, in vista della prossima scadenza, abbia compiuto investimenti seri ed effettivi, ha il diritto di ottenere licenza obbligatoria gratuita e non esclusiva, per il periodo di maggiore durata.

(142) La domanda dell'attrice, così il Tribunale arbitrale, richiede che sia fatta interpretazione del contratto, pur alla luce degli ulteriori rilevanti elementi di fatto e diritto eventualmente rilevanti, « *and the Arbitral Tribunal is empowered by the arbitration clause of the agreement to make such an interpretation* ». Approva invece il ragionamento autoreferenziale degli arbitri VIGORITI, cit., p. 598.

(143) È vero infatti che la questione litigiosa comporta la diretta cognizione del diritto all'utilizzazione gratuita creato con licenza ministeriale. Ciò non esclude, peraltro, che di diritto disponibile si tratti. La licenza gratuita dell'art. 84 d.P.R. n. 338/1979, cit., si ottiene infatti a domanda della parte interessata, ed è pertanto rinunciabile.

rante, decisioni ampiamente motivate in relazione alla compromettibilità delle relative controversie, con riferimento ai diversi ordinamenti giuridici nazionali rilevanti. Si prenderanno qui in esame i casi n. 6097 del 1989, n. 6709 e n. 6016 del 1991.

La controversia nel caso n. 6097 del 1989 (144) oppone una società giapponese ad una società tedesco federale, nell'ambito di una serie di rapporti di licenza di brevetti tedeschi posseduti da quest'ultima. La clausola compromissoria indica in Zurigo la sede della procedura, e l'applicazione a quella delle regole d'arbitrato della CCI. Insorta una controversia, relativa sia al rapporto contrattuale, sia a pretese delittuali ad esso collegate, le parti si accordano per sottoporne gli aspetti contrattuali al diritto giapponese, quelli relativi alla pretesa contraffazione, invece, al diritto tedesco federale. Nell'atto di missione le parti stabiliscono che la procedura sia regolata dal Concordato intercantonale svizzero d'arbitrato. Sollevata questione di validità di un brevetto, della cui contraffazione si discute, è contestualmente eccepita la carenza di giurisdizione del Tribunale arbitrale. L'eccezione è respinta: la competenza del Tribunale arbitrale è affermata anche in materia di contraffazione e validità di brevetti tedeschi, limitatamente tuttavia alla regolamentazione degli effetti *inter partes*.

Questo il percorso argomentativo seguito dal Tribunale arbitrale. La questione dell'arbitrabilità va risolta, per volontà delle parti, facendo applicazione dell'art. 5 Concordato intercantonale. Si tratta allora di stabilire se i diritti in controversia siano o meno disponibili. Per i diritti nascenti dal contratto si farà applicazione del diritto giapponese, che favorisce senz'altro il ricorso a mezzi alternativi di risoluzione delle controversie. Per le questioni di contraffazione, e la connessa questione di validità, si applicherà invece il diritto tedesco. Alla stregua di tale diritto si deve ammettere la cognizione arbitrale delle questioni di contraffazione; ove insorga questione di validità, come nel caso concreto, questa sarà oggetto di cognizione degli arbitri, ma con effetti limitati al rapporto tra le parti in lite. Tale conclusione è rafforzata, prosegue il collegio, dalla considerazione dell'importanza del ricorso all'arbitrato nel sistema e nella mentalità giuri-

(144) V. *ICC Court Bulletin*, vol. 4, n. 2, October 1993, p. 76 ss.

dica giapponesi, e dall'incoerenza con la volontà espressa dalle parti di una soluzione che limitasse la cognizione arbitrale ad alcune soltanto delle questioni in lite.

Condivisibile nel metodo seguito — meno, forse, nel merito — è la decisione resa nel caso n. 6709 del 1991 (145). La controversia principale oppone un licenziante, titolare di vari brevetti nazionali per una medesima invenzione, al suo licenziatario esclusivo per un brevetto ed il mercato francesi. Il licenziante intende far valere contro il suo avente causa alcune pretese fondate sul detto rapporto contrattuale. Il licenziatario, parte convenuta, eccepisce l'invalidità dei brevetti francesi controversi, contestando per ciò stesso, oltre che per altri motivi, la competenza del Tribunale arbitrale. Il collegio, nel decidere la questione dell'arbitrabilità, fa applicazione del diritto francese: sicuramente rilevante a tal fine, essendo in Francia la sede naturale della controversia. Diversamente, però, dall'approccio ritenuto corretto oltralpe, il collegio si riconosce competente a conoscere della causa nei suoi aspetti contrattuali, prescindendo dalla questione incidentale di nullità sollevata dal convenuto.

Per la completezza del ragionamento posto alla base della decisione è utile ricordare il caso n. 6106 del 1988, nonostante la causa non riguardi diritti di proprietà intellettuale: comporta infatti la valutazione della liceità di un'intesa alla luce del diritto *antitrust*. Il caso verte, in particolare, sulla compatibilità con il diritto comunitario di un patto di non concorrenza, inserito in un contratto di vendita delle partecipazioni azionarie di una società italiana, produttrice di freni a disco. Il venditore italiano è convenuto; agisce in giudizio l'acquirente statunitense. Di fronte all'eccezione di incompetenza degli arbitri, motivata dal convenuto in relazione alla clausola di non concorrenza, il Tribunale arbitrale affronta la questione della compromettibilità procedendo all'applicazione cumulativa della legge applicabile alla clausola compromissoria e della *lex fori annullationis*. Quanto alla legge applicabile alla convenzione arbitrale, si tratta, ad avviso del Tribunale arbitrale, del diritto italiano. Tale conclusione, motivata dagli arbitri con l'assenza di obiezioni delle parti in relazione alla stessa, è senz'altro da condividere, sia per l'intensità dei le-

(145) V. *ICC Court Bulletin*, vol. 5, n. 1, May 1994, p. 69 s.

gami che la controversia presenta con tale ordinamento, sia per la possibilità di ricostruire, dall'assenza di obiezioni, una scelta implicita delle parti, ciò almeno ove la questione sia stata preventivamente sottoposta dal Tribunale al contraddittorio delle parti. *Lex loci annullationis* è, per la procedura in esame, il diritto francese.

È proprio dall'esame di tale legge che gli arbitri muovono, stabilendo correttamente (146) che la competenza arbitrale sussiste se l'eccezione di contrarietà al diritto *antitrust* deve essere respinta. In diritto italiano, osservano gli arbitri, la situazione è meno chiara: non vi è una proibizione esplicita, né vi sono precedenti giurisprudenziali. Pertanto, nonostante un'autorevole voce contraria in dottrina (147), gli arbitri ritengono di interpretare le disposizioni codicistiche italiane come corrispondenti al diritto francese. L'affermazione dell'arbitrabilità, così ottenuta, si dimostra comunque corretta, alla luce dei già ricordati sviluppi giurisprudenziali, intervenuti sia in Italia sia oltralpe.

Non sempre, comunque, un'eccezione di compromettibilità richiede l'individuazione precisa di uno o più ordinamenti statali alla stregua dei quali risolvere la questione: è il caso, ad esempio, di un'eccezione che sia pretestuosamente sollevata, perché la questione di cui si deduce la non compromettibilità non è in realtà oggetto della cognizione dell'arbitro.

Con tale situazione si confronta l'arbitro chiamato a risolvere il caso n. 5480 del 1991 (148). La questione principale riguarda l'inadempimento contrattuale di un licenziante, americano, titolare di un brevetto francese, di cui era stata dichiarata la decadenza, per mancato pagamento delle tasse brevettuali. Il licenziatario agisce contro il suo dante causa, per vedersi risarcire dei danni derivanti dall'inadempimento del primo. L'arbitro applica al merito della controversia il diritto francese, scelto dalle parti. La sede della procedura è fissata in Los Angeles, e il diritto applicabile alla procedura stessa è determinato, per scelta delle parti, nelle regole di arbitrato della CCI, completate ove necessario dalle regole di procedura civile californiane. La parte con-

---

(146) La decisione è del 1988, dunque prima della giurisprudenza *Labinal*, cit. *supra*, § 13.*iii*).

(147) La decisione cita BERNINI, *Italy*, Ybk.Comm.Arb., 1981, p. 33.

(148) V. *ICC Court Bulletin*, vol. 4, n. 2, October 1993, p. 72 ss.

venuta, richiesta dall'arbitro di presentare alcuni documenti relativi alla decadenza del brevetto, si oppone a tale richiesta eccependo l'inarbitrabilità, in diritto francese, delle questioni di validità o decadenza di brevetti. La questione può qui essere risolta senza specifico riferimento ad alcun ordinamento giuridico, ed in particolare a quello invocato dalla parte interessata. La decadenza, osserva correttamente l'arbitro, non costituisce oggetto di cognizione nel procedimento. Non è in controversia, infatti, la sussistenza o meno dei presupposti del provvedimento amministrativo francese. Piuttosto, si tratta di conoscere se il comportamento del titolare del brevetto e licenziante, che a tale dichiarazione ha portato, costituisca o meno violazione degli obblighi contrattuali di quello.

L'analisi dei dati della prassi mette in evidenza due tendenze degne di nota.

Una prima corrente « giurisprudenziale » si dimostra insofferente a qualsiasi limite eteronomo alla sfera di intervento degli arbitri. L'arbitrabilità, dunque, sarebbe una falsa questione: tutto dovrebbe ridursi piuttosto all'interpretazione della volontà espressa dalle parti nella convenzione arbitrale. Una simile tendenza non è condivisibile: oltre ad andare incontro al rischio di dare alla luce decisioni deboli, se non già morte, essa è contraria all'interesse stesso alla diffusione dell'arbitrato nella materia in oggetto, potendo ingenerare — in caso di generalizzazione — reazioni restrittive da parte degli ordinamenti statali.

Si rinviene, tuttavia, una diversa tendenza, certo più corretta, che si dimostra ben consapevole dell'esistenza di limiti all'arbitrabilità, derivanti dal modo di essere degli ordinamenti statali di volta in volta rilevanti. Dallo studio di queste decisioni si trova allora conferma dell'ipotesi di partenza: la questione dell'arbitrabilità, di cui certo gli arbitri hanno il potere di conoscere, va risolta facendo riferimento tanto alla *lex loci annullationis*, quanto al diritto dello Stato di protezione dei beni immateriali di cui è controversia — o, più in generale, dello Stato in cui la controversia trova la propria sede naturale —.

VII.

23. Una volta che la questione dell'arbitrabilità sia risolta in senso positivo, rimane da stabilire quale diritto applicheranno

gli arbitri alle controversie nascenti da contratti relativi allo sfruttamento di diritti su beni immateriali, ed in particolare da contratti di trasferimento di tecnologia.

Per quanto riguarda i profili assoluti della tutela, ed i presupposti della stessa, non dovrebbero sussistere incertezze. Il sistema internazionale di tutela dei diritti di proprietà industriale ed intellettuale, a partire dalle Convenzioni di Parigi e di Berna, fino all'Accordo TRIPS dell'Organizzazione Mondiale per il Commercio, è infatti strutturato intorno alla territorialità della tutela, che si esprime nell'applicabilità ai diritti sui beni immateriali della legge dello *Schutzland*, lo Stato in cui detti beni trovano utilizzazione e ricevono protezione.

Anche l'arbitro seguirà una tale regola, in virtù della sua universale accettazione. Anch'egli dovrà, di conseguenza, considerare indipendenti i diritti di esclusiva concessi nei diversi Paesi, pur in relazione ad un medesimo sostrato inventivo o creativo. In caso di diritti su beni immateriali riconosciuti in più ordinamenti, dunque, i presupposti della tutela, la validità del brevetto — ove di tali questioni l'arbitro possa conoscere — nonché la contraffazione, ed i limiti dell'esclusiva, saranno sottoposti ad una molteplicità di regimi legali, corrispondenti ai diversi *Schutzländer*.

24. I contratti di trasferimento di tecnologia, come più in generale i contratti aventi ad oggetto diritti di proprietà industriale ed intellettuale, sono sottoposti alla disciplina di conflitto delle obbligazioni contrattuali. Nella più gran parte degli ordinamenti, dunque, possono essere fatti oggetto di *electio iuris*. Tale possibilità, come risulta anche dall'analisi della prassi arbitrale più sopra svolta, è di frequente utilizzata dalle parti. L'arbitro transnazionale è in linea di principio tenuto a fare applicazione della legge scelta dalle parti. È proprio dalla volontà delle parti che l'arbitro riceve il potere di dire il diritto in una determinata controversia. Sarebbe ben strano che egli non si ritenesse vincolato da quella stessa volontà nell'individuazione della *lex causae*. Ciò deve ritenersi fin quando il dar seguito al collegamento volontario non ponga in pericolo l'effettività della decisione arbitrale. Così qualora si volesse andar contro la contraria determinazione dell'ordinamento del *locus annullationis*, o della sede

« naturale » dell'arbitrato (149). Questo limite è, tuttavia, eminentemente teorico, considerata l'amplissima accettazione del criterio della volontà delle parti. Tale conclusione è infine, senza dubbio, avvalorata dalla prassi.

25. In mancanza di una clausola di scelta della legge applicabile, la soluzione non può essere ricercata direttamente nelle norme statali di diritto internazionale privato. In ambito arbitrale esse hanno infatti un valore piuttosto limitato: non si impongono direttamente all'arbitro (150) — che non è organo giurisdizionale di alcuno Stato (151) — a meno che le parti o le regole di procedura adottate non prevedano diversamente. Per verificare l'incidenza delle norme statali di conflitto sulle controversie la cui decisione è rimessa ad arbitri è necessario pertanto un approccio differente, incentrato sul momento dell'impugnazione e del riconoscimento dei lodi arbitrali.

Per quanto riguarda il momento dell'impugnazione, sempre più spesso le legislazioni nazionali sull'arbitrato escludono il riesame nel merito delle decisioni arbitrali in materia internazionale (152). In particolare in diritto italiano l'art. 838 c.p.c. esclude che sia invocabile quale motivo di annullamento, contro un lodo

---

(149) Cfr. *supra*, § 21, per una concretizzazione di questo criterio in relazione alle dispute relative ai diritti sui beni immateriali.

(150) V. però in senso contrario GAJA, *L'arbitrato in materia internazionale tra la l. n. 25/1994 e la riforma del diritto internazionale privato*, Riv.Arb., 1996, p. 487 ss., a p. 488.

(151) Per un'esplicita affermazione in tal senso cfr. la decisione *CCI* n. 1512 del 1970, riportata in Revue Arb., 1972, p. 102: « *l'arbitre international ne dispose pas de* lex fori *à laquelle il pourrait emprunter des règles des conflits des lois* ». La decisione è anche in Ybk.Comm.Arb., V, 1980, p. 174.

(152) Un'eccezione è rappresentata dal diritto inglese. Quando l'arbitrato abbia sede in Inghilterra o in Galles (non già in Scozia, nel cui ordinamento è stato incorporato l'*UNCITRAL Model Law*) la procedura arbitrale è sottoposta alla legge inglese, in quanto *lex arbitri*, salva la diversa volontà delle parti (*Arbitration Act, Secs*. 2, 3). In tal caso le parti hanno a disposizione un *appeal to the court on a point of law*, qualora non abbiano escluso di comune accordo il ricorso a tale mezzo di impugnazione (*Arbitration Act, Sec*. 69). In argomento v. per tutti HILL, *Private International Law Aspects of the Arbitration Act 1996*, ICLQ 46 (1997), p. 274 ss.; nella dottrina italiana VIGORITI, *Riflessioni comparative sull'*« Arbitration Act » *1996*, Riv.Arb., 1997, p. 37 ss. Per l'adozione dell'*Uncitral Model Law* nell'ordinamento scozzese v. *Law Reform (Miscellaneous Provisions) (Scotland) Act 1990, Sec.* 66, *schedule* 7.

reso in seguito ad arbitrato internazionale (153) italiano, la mancata osservanza delle regole di diritto (154). Tra queste vanno evidentemente fatte rientrare le norme di diritto internazionale privato. La decisione degli arbitri si afferma dunque come decisione tendenzialmente definitiva (155), sottoposta soltanto a mezzi d'impugnazione straordinari.

La definitività della decisione arbitrale rileva anche in relazione al riconoscimento dei lodi stranieri. La disciplina del riconoscimento delle decisioni arbitrali straniere è dettata nella grande maggioranza degli Stati economicamente significativi dalla Convenzione di New York del 1958. Anche per l'ordinamento italiano il regime convenzionale rappresenta la disciplina comune del riconoscimento, tanto più dopo che la novella del codice di procedura civile ne riproduce esattamente il disposto (156). Due sono i profili significativi al riguardo.

In generale, la non applicazione delle norme di conflitto del foro non costituisce motivo per rifiutare il riconoscimento di un lodo straniero ai sensi dell'art. V della Convenzione di New York (157). Il riconoscimento può essere invece rifiutato quando

---

(153) Definito dall'art. 832 c.p.c. con riferimento alla sede (o residenza) estera di almeno una delle parti della controversia, al momento della sottoscrizione della clausola compromissoria o del compromesso, ovvero ancora con riferimento al luogo di esecuzione estero di una parte rilevante delle prestazioni nascenti dal rapporto a cui la controversia si riferisce.

(154) Sull'esclusione dell'impugnazione del lodo internazionale per violazione di regole di diritto cfr. per tutti, anche per ulteriori indicazioni e riferimenti, LUZZATTO, *L'impugnazione del lodo arbitrale « internazionale »*, Riv.Arb., 1997, p. 19 ss. In generale sul tema dell'impugnazione v. LATTANZI, *L'impugnativa per nullità nell'arbitrato commerciale internazionale*, Milano, 1989; sull'*error in iudicando ivi*, p. 268 ss.

(155) In generale cfr. l'art. 34 della legge modello UNCITRAL (1985), intitolato alla « *Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award* », e le restrittive condizioni ivi dettate per l'annullamento. È da notare che la legge modello ha ispirato le numerose recenti riforme della materia, anche negli ordinamenti più significativi per la pratica dell'arbitrato internazionale.

(156) Cfr. artt. 839, 840 c.p.c. Si ricordi che l'Italia non ha apposto la riserva prevista dall'art. I, § 3, della Convenzione, e dunque si è obbligata a riconoscere, alle condizioni fissate dalla Convenzione, qualsiasi lodo straniero, indipendentemente dalla sede dell'arbitrato.

(157) Vedi p.e. nel diritto federale degli USA la decisione nel caso *Spector and Security Industrial Ltd. v. Torenberg et als.* (S.D.N.Y, 1994), Ybk.Comm.Arb., 1995, XX, p. 962 ss. Cfr. DE LA HOUSSAYE, *Manifest Disregard of the Law in Inter-*

il lodo sia stato annullato nello Stato in cui ha sede l'arbitrato, o al cui diritto è sottoposta la procedura (art. V, § 1, lit. *e*). L'ipotesi dell'annullamento per non corretta applicazione del diritto resta peraltro ipotesi residuale (158). Di più: un eventuale annullamento pronunciato nello Stato della sede dell'arbitrato per violazione del diritto non giustifica il rifiuto di riconoscimento ai lodi arbitrali cui si applica la Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale. Il caso non rientra infatti fra quelli, limitati, di cui fa espressa menzione l'art. IX.

In questo contesto, dunque, le norme di conflitto statali, anche quelle eventualmente dettate con specifica considerazione per l'arbitrato internazionale, assumono il carattere di linee guida (159), di diritto morbido, sprovviste come sono di sanzione per l'ipotesi di inosservanza (160).

L'impressione circa il carattere morbido che le norme comuni di conflitto assumono in relazione all'arbitrato internazionale trova conferma nell'analisi del contenuto delle norme di conflitto espressamente dedicate all'arbitrato, caratterizzate generalmente dall'attribuzione all'arbitro di un notevole grado di

---

national Commercial Arbitration, 28 Col.JTnL (1990), p. 449 ss.; SILVESTRI, *Riconoscimento ed esecuzione di sentenze arbitrali straniere negli Stati Uniti: esiste davvero il limite della public policy?*, RTDPC, 1998, p. 607 ss., p. 622 s.

(158) Un'ipotesi in cui la decisione arbitrale è stata annullata nello Stato di origine per violazione delle norme sulla legge applicabile è rappresentata dal caso *Chromalloy*. Si trattava di lite tra una società americana e un'agenzia statale egiziana, relativa ad un contratto di fornitura di servizi relativi ad elicotteri dell'esercito egiziano. In tale contratto si prevedeva l'applicazione della legge egiziana e la sottoposizione di eventuali controversie ad un arbitrato con sede al Cairo. Il lodo, favorevole alla parte americana, era stato annullato dalla Corte d'appello del Cairo, per non aver applicato il diritto amministrativo egiziano, che doveva intendersi richiamato. Ciò non ostante, il lodo è stato successivamente riconosciuto tanto in Francia, quanto negli Stati Uniti. Cfr. *Cour d'Appel de Paris*, 14 gennaio 1997, *Republique Arabe d'Egypte c. Chromalloy Aero Services*, 12 *Mealey International Arbitration Report*, April 1997, B-3; *U.S. District Court for the District of Columbia, In the matter of the arbitration of certain controversies between Chromalloy Aeroservices and the Arab Republic of Egypt (Chromalloy)*, 939 F.Supp. 907 (D.D.C., 1996).

(159) Cfr. in questo senso specialmente l'analisi di GIARDINA, *Arbitrato internazionale*, cit., p. 4, che sottolinea l'utilità di simili disposizioni alla luce del complesso metodo conflittualistico adottato in alcuni strumenti internazionali, regolamenti di istituzioni arbitrali, e nella legge modello UNCITRAL.

(160) Sul punto, oltre a quanto osservato più sopra, nel testo, si rimanda a GIARDINA, *op. cit.*, p. 5.

discrezionalità. È significativo, ad esempio, che nell'ordinamento italiano (161) la norma dettata dall'art. 834 c.p.c., per i casi in cui non venga in rilievo la Convenzione di Roma, si distingua da quella di cui all'art. 4 della predetta Convenzione, in quanto accoglie come criterio esclusivo quello del collegamento più stretto (162), e rifiuta la tecnica della presunzione. Un approccio improntato all'attribuzione di ampia discrezionalità si riscontra, d'altro canto, anche nella Convenzione europea sull'arbitrato commerciale internazionale, di cui l'Italia è parte, ed in altri ordinamenti, europei e non: qui la discrezionalità dell'arbitro è palesemente affermata, quando gli si riconosce il potere di scegliere la regola di conflitto appropriata (163), ove non si opti addirittura per la c.d. *voie directe*, consentendo all'arbitro di scegliere direttamente le « regole di diritto appropriate » (164).

---

(161) Salve le convenzioni internazionali in materia d'arbitrato che dispongano in senso diverso. V. subito oltre.

(162) Cfr. nello stesso senso p.e. l'art. 187 *LDIP* svizzera, il nuovo § 1051 *ZPO* in Germania e, fuori d'Europa, l'art. 39 della legge egiziana n. 27 del 21 aprile 1994.

(163) Ai sensi dell'art. VII della Convenzione di Ginevra, « *à défaut d'indication par les parties du droit applicable, les arbitres appliqueront la loi désignée par la règle de conflit que les arbitres jugeront appropriée en l'espèce* », tenendo comunque conto dei termini del contratto e degli usi del commercio. Per un'analisi della disposizione convenzionale si rimanda qui, senza alcuna pretesa di completezza, a SANDERS, *Trends*, cit., spec. p. 243 ss.

Nello stesso senso dispone il nuovo *Arbitration Act* (1996) inglese, alla *Sec.* 46(3). Il legislatore inglese ha seguito, sul punto, la soluzione proposta dall'art. 28 della legge modello UNCITRAL del 1985 sull'arbitrato commerciale internazionale, secondo cui « *failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable* ». La legge modello UNCITRAL è poi stata come tale adottata, ad esempio, nell'ordinamento scozzese — di cui s'è detto in precedenza — e nell'ordinamento federale australiano. Per quest'ultimo v. *International Arbitration Amendment Act* 1989 (*Australia*), *Sec.* 8; cfr. JACOBS, *Recognition and Enforcement of Arbitral Awards in Australia*, Riv.Arb., 1997, p. 167 ss., *ivi* ulteriori riferimenti.

Una soluzione simile è accolta dalla legge messicana sull'arbitrato, del 22 luglio 1993, ai sensi della quale, mancando una scelta delle parti, l'arbitro « *détermine quel est le droit applicable, en prenant en compte les caractéristiques et les points de rattachement du cas considéré* ».

(164) Così in Francia, dopo la riforma dell'arbitrato internazionale nel 1981, l'art. 1496 del codice di procedura civile: « *L'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies; à défaut d'un tel choix, conformément à celles qu'il estime appropriées. Il tient compte dans tous les cas des*

26. Un rilievo decisivo nell'orientamento della pratica arbitrale finiscono per assumere, tenuto conto di quanto precede, le indicazioni contenute nei regolamenti arbitrali delle istituzioni private. Le parti fanno infatti sovente riferimento nel compromesso ad enti quali la Camera di Commercio Internazionale (165), la *London Court of International Arbitration* (166), l'*American Arbitration Association* (167), ed altri (168), oltre alle numerose istituzioni arbitrali presenti anche nel nostro Paese (169). Si tratta del fenomeno del c.d. arbitrato istituzionalizza-

---

usages du commerce ». Analogamente nel diritto dei Paesi Bassi, v. art. 1054, § 2, del *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering* (codice processuale civile). La *voie directe* è poi accolta anche dall'art. 944.10 del *code de procedure civile du Québec* del 1986.

Ambigua è invece la formulazione del criterio in Spagna, ad opera dell'art. 62 l. n. 36/1988 del 5 dicembre 1988: ivi si dispone che gli arbitri decidano la lite in conformità alla legge applicabile all'operazione da cui è nata la lite e, infine, secondo la legge più appropriata. Il riferimento alla legge più appropriata sembrerebbe rilevare solo in via accessoria: la preminenza della legge applicabile al rapporto litigioso sembrerebbe comportare un riferimento privilegiato alle norme generali di conflitto, e dunque *in primis* all'art. 4 della Convenzione di Roma.

(165) *Règlement d'arbitrage de la CCI* (1998), art. 17: « *l'arbitre appliquera les règles de droit qu'il juge appropriées* ». Il precedente regolamento, del 1988, prevedeva all'art. 13, § 3, l'applicazione della legge indicata dalla *norma di diritto internazionale privato appropriata* nel caso di specie.

(166) Che accoglie la medesima soluzione del nuovo regolamento CCI. Cfr. BLESSING, *Choice of Substantive Law in International Arbitration*, J.Int.Arb., 14, 1997, 2, p. 39 ss., a p. 55.

(167) *International arbitration rules, as amended and effective April 1, 1997*, art. 28: applicazione delle « *law(s) or rules of law as [the tribunal] determines to be appropriate* ».

(168) Comprendono una regola conformata sull'art. 28 del *Model Law UNCITRAL* le regole di arbitrato della Corte permanente di arbitrato della Camera di Commercio slovena di Lubiana (art. 10), e le regole di arbitrato della Corte permanente di arbitrato della Camera di Commercio croata di Zagabria (art. 38). Cfr. al proposito PETROVIC, *Regolamenti di arbitrato internazionale della Croazia e della Slovenia*, Riv.Arb., 1996, p. 615 ss. *Ivi*, alle p. 633 ss., il testo delle regole slovene.

(169) Cfr. l'art. 22, § 1, del Regolamento di arbitrato internazionale dell'Associazione Italiana per l'Arbitrato, in vigore dal 1994, ai sensi del quale « l'arbitro applica la legge con la quale il rapporto è più strettamente collegato ». Cfr. ancora l'art. 13 del Regolamento internazionale della Camera arbitrale nazionale ed internazionale di Milano (1996) e, nello stesso senso, l'art. 9 del Regolamento della Corte arbitrale nazionale ed internazionale di Venezia (applicazione della legge con cui il contratto è più strettamente collegato).

to. Il collegamento tra la volontà delle parti espressa nel compromesso e il regolamento d'arbitrato di tali organizzazioni vincola il Tribunale arbitrale in modo particolarmente intenso: il regolamento d'arbitrato forma oggetto, in simili casi, di una vera e propria recezione negoziale.

La tendenza espressa nei regolamenti arbitrali è sempre più quella di lasciare ampio spazio alla discrezionalità degli arbitri: dall'accoglimento della regola del collegamento più stretto, si passa in molti casi all'applicazione delle norme di conflitto appropriate (170), se non addirittura direttamente all'applicazione delle regole di diritto appropriate. L'arbitro resta libero, così, di creare una norma di conflitto *ad hoc*, o piuttosto di ricorrere a principi di diritto transnazionale (171), la cosiddetta *lex mercatoria*, tralasciando il riferimento a qualsivoglia ordinamento statale.

Rientrano perfettamente in questo quadro anche le regole di un'istituzione arbitrale di primaria importanza nella materia del trasferimento di tecnologia, il Centro di Arbitrato dell'Organizzazione Mondiale per la Proprietà Intellettuale. È possibile ricorrere all'arbitrato amministrato da questa Istituzione in occasione di controversie che oppongono tanto parti private, quanto Stati e cittadini stranieri. Il regolamento d'arbitrato OMPI (172) regola il profilo della legge applicabile al merito all'art. 59, lit. *a*:

« *The Tribunal shall decide the substance of the dispute in accordance with the law or rules of law chosen by the parties (...). Failing a choice by the parties, the Tribunal shall apply the law or rules of law that it determines to be appropriate. In all cases, the Tribunal shall decide having due regard to the terms of any relevant contract and taking into account applicable trade usages. The Tribunal may decide as amiable compositeur or ex aequo et bono only if the parties have expressly authorized it to do so* ».

27. A questo punto risulta più che mai arduo, nel contesto dell'arbitrato commerciale internazionale, individuare in anticipo la disciplina cui è in concreto sottoposto il contratto, e ciò

---

(170) In conformità a quanto previsto già dall'art. 33 del Regolamento arbitrale UNCITRAL del 1976.

(171) In questo senso si legge il riferimento alle *règles de droit* invece che alle *lois*.

(172) V. 34 ILM (1995), p. 559 ss.

in ragione tanto della molteplicità di punti di contatto astrattamente rilevanti nella materia del trasferimento di tecnologia, quanto della pluralità di approcci seguiti nella giurisprudenza arbitrale (173) e, non ultimo, dell'avvertibile tendenza propria delle decisioni arbitrali fondate su principi transnazionali a risolversi in decisioni di equità (174).

Al di là delle incertezze e delle manifestazioni mercatoristiche, comunque, la discrezionalità dell'arbitro nell'individuare le norme di conflitto appropriate finisce per produrre, in parte, un fenomeno di « ritorno » alle convenzioni internazionali di diritto internazionale privato (175), soprattutto se di larga partecipazione, sorta di *ratio scripta*, di regola appropriata per definizione (176). In questo senso rientra in gioco anche, se non soprattutto, la Convenzione di Roma (177). La soluzione predisposta

---

(173) Per un'illuminante e dettagliata panoramica delle innumeri vie seguite nella prassi arbitrale per determinare il diritto applicabile, cfr. DROBNIG, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und wirtschaftsrechtliche Eingriffsnormen*, in MUSIELAK-SCHURIG (a cura di), *Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag, 26. Juni 1987*, Stuttgart, 1987, p. 95 ss., p. 102 ss.

(174) Cfr. per quest'osservazione, e per ulteriori indicazioni, GIARDINA, *La* lex mercatoria *e la certezza del diritto nei commerci e negli investimenti internazionali*, RDIPP, 1992, p. 461 ss., alle p. 467 ss. Cfr. ivi anche per l'eventualità di un annullamento delle sentenze arbitrali in questione, con particolare riferimento ai casi *Klöckner* e *Amco*, decisi nell'ambito del sistema ICSID. Per considerazioni non difformi v. anche VON HOFFMANN, *Grundsätzliches zur Anwendung der* « lex mercatoria » *durch internationale Schiedsgerichte*, in *Festschrift Kegel*, cit., p. 215 ss., in partic. pp. 220 ss., 226 ss.

(175) Se non direttamente alle convenzioni di diritto materiale uniforme. Cfr. per tutti sul fenomeno le osservazioni di GIARDINA, *Le convenzioni internazionali di diritto internazionale privato e di diritto uniforme nella pratica dell'arbitrato commerciale internazionale*, Riv.Arb., 1998, p. 191 ss. Cfr. inoltre DROBNIG, *op. ult. cit.*, p. 103, per alcune decisioni arbitrali che fanno riferimento alla Convenzione dell'Aja del 1955 sulla legge applicabile alla vendita internazionale al di fuori del suo l'ambito oggettivo o personale d'applicazione. Nella dottrina francese cfr.: FOUCHARD, *L'arbitre et les conventions internationales*, corso tenuto nel 1996 all'*Académie de La Haye*, non ancora in Recueil des Cours; MAYER, *L'application pour l'arbitre des conventions internationales de droit privé*, in *Mélanges Luossouarn*, cit., p. 275 ss.

(176) Cfr. in senso analogo GIARDINA, *op. ult. cit.*, p. 197.

(177) In particolare quando la controversia abbia un collegamento all'ambito giuridico europeo. Un esempio è dato dalla decisione *CCI* n. 7205 del 1993, in Riv.Arb., 1996, p. 153 ss., nota GIARDINA, *Legge applicabile al contratto e fallimento dell'autore in corso di procedura*. Si trattava di una controversia tra due so-

dalla Convenzione di Roma, dunque, deve essere riguardata dagli arbitri come un modello assai autorevole, specie ove la controversia sia collegata ad uno Stato parte di quella convenzione (178).

La dottrina, soprattutto centro europea, ma non solo, ha vivacemente dibattuto in ordine alla determinazione della legge applicabile ai contratti di cui ci si occupa. Dalla considerazione dell'eterogeneità delle ricostruzioni emerge, se non altro, l'estrema difficoltà di riconoscere in una delle posizioni del rapporto contrattuale una prevalenza strutturale rispetto all'altra, e nella sede di una delle parti la localizzazione rilevante dal punto di vista socio-economico. Emerge inoltre un ulteriore elemento di connessione, differente rispetto alla sede delle parti ed incentrato, piuttosto, sull'incidenza in campo contrattuale del collegamento territoriale dei beni immateriali e della stessa tutela contro la concorrenza sleale: è l'ipotesi del collegamento con lo *Schutzland*.

Muovendosi nell'alveo della teoria della prestazione caratteristica, una parte della dottrina ritiene che questa sia da individuare in linea di principio nella prestazione del titolare del diritto esclusivo, che mette tale diritto a disposizione della controparte, in cambio del pagamento di una somma di denaro (179).

Altri assumono invece come caratteristica del contratto la

---

cietà francesi ed una società saudita, avente ad oggetto un contratto per la installazione in Arabia saudita di uno stabilimento di produzione di bottiglie e di imbottigliamento di acqua minerale. L'arbitrato aveva sede in Parigi. Il Tribunale arbitrale, « *se fondant sur l'art. 13 paragraphe 3 du Règlement d'arbitrage de la CCI, qui lui laisse (...) une grande liberté en la matière* », e traendo conforto dalla condotta processuale delle parti, fa espresso riferimento al criterio della sede del prestatore caratteristico, di cui all'art. 4, § 2 della Convenzione di Roma. L'arbitro osserva che « *les règles de conflit de cette convention, aujourd'hui en vigueur en France, (peuvent) être considérées comme exprimant des rattachements raisonnables et largement admis dans la communauté internationale* », *ivi*, p. 154. Cfr. nello stesso senso il lodo reso dall'arbitro unico nell'arbitrato CCI n. 8195 CK, in Riv.Arb., 1996, p. 605 ss., spec. p. 610 s., con nota di BORIO, *Autonomia e validità della clausola compromissoria, legge applicabile al merito: una interessante decisione CCI*, *ibidem*.

(178) Per considerazioni analoghe in riferimento all'ordinamento tedesco, che ha nel § 1052 *ZPO* un equivalente perfetto del nostro art. 834 c.p.c., cfr. KRONKE, *Internationale Schiedsverfahren nach der Reform*, RIW, 1998, p. 257 ss.

(179) RABEL, *The Conflict of Laws*, vol. III, Chicago, 1945, p. 73 s.; JANSKY, *Choice of Law and Trademark License Agreements*, ICLQ 16 (1967), p. 393 ss., in partic. p. 407; DESSEMONTET, *Transfer of Technology under UNCTAD and*

prestazione del licenziatario o cessionario (180). In particolare si sottolinea a tal fine il carattere più dinamico, e dunque caratteristico, della prestazione di chi riceve la tecnologia.

Accanto a queste due posizioni, da un punto di vista affine piuttosto al metodo del collegamento più stretto, emerge in dottrina una terza via, che valorizza il luogo di sfruttamento e di protezione del bene immateriale, lo *Schutzland*, come momento di collegamento anche in materia contrattuale (181).

Merita un cenno a sé l'impostazione data al problema da *Ulmer*, nella sua proposta di regolamentazione uniforme del diritto internazionale privato della CEE (182), continuazione e, insieme, adattamento alla materia dei beni immateriali del lavoro che aveva portato in sede comunitaria all'*Avant-projet* di convenzione sul diritto internazionale privato delle obbligazioni.

EEC Draft Codifications: A European Point of View on Choice of Law in Licensing, 12 JILE (1977) p. 10 ss., p. 49 ss. Conforme in linea di principio anche VON HOFFMANN, *Verträge über gewerbliche Schutzrechte im internationalen Privatrecht*, RabelsZ 40 (1976), p. 208 ss., p. 214 s. *Adde*, in margine all'art. 4 della Convenzione di Roma, LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigeur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, RCDIP 1991, p. 287 ss., p. 307. In giurisprudenza, nello stesso senso, la sentenza *EFASIT* del Tribunale Federale svizzero, del 22 aprile 1975, GRURInt., 1977, p. 208 s.

(180) Così, tendenzialmente: GODENHIELM, *Fragen des internationalen Privatrechts auf dem Gebiete des Patentrechts*, GRURInt. 1957, p. 149 ss., in partic. p. 154; HENN, *Problematik und Systematik des internationalen Lizenzvertrages*, München, 1967, p. 90; MODIANO, *Le contrat de licence de brevet*, Paris, 1979.

(181) In questo senso cfr. *in primis* BEIER, *Die internationalprivatrechtliche Beurteilung von Verträgen über gewerbliche Schutzrechte*, in HOLL-KLINKE (a cura di), *Internationales Privatrecht - Internationales Wirtschaftsrecht*, Köln *etc.*, 1985, p. 287 ss.; SOLTYSINSKI, *Choice of Law and Choice of the Forum in Transnational Transfer of Technology Transactions*, Recueil des Cours, 196, 1986, p. 243 ss., p. 315 ss. Nella dottrina più risalente v. tra gli altri BATIFFOL, *Les conflits de lois en matière de contrats*, Paris, 1938, p. 183; WOLFF, *Private International Law*, Oxford, 1950, 2ª ed., p. 547. *Adde*, in riferimento allo specifico regime posto dalla convenzione di Roma, TORREMANS, *Choice-of-Law Problems in International Industrial Property Licenses*, IIC, 1994, p. 390 ss., in partic. p. 396 ss. In giurisprudenza: *LG Stuttgart* 14 marzo 1957, IPRspr, 1956-57, n. 29; *OLG Düsseldorf* 8 aprile 1961, AWD, 1961, p. 295; *Obergericht Kanton Zürich* 29 novembre 1968, RIW/AWD, 1969, p. 329.

(182) *Vorschlag für die Regeln über Immaterialgüterrechte in einem Übereinkommen über das internationale Privatrecht in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, riprodotta in ULMER, *Die Immaterialgüterrechte im Internationalen Privatrecht, Rechtsvergleichende Untersuchung mit Vorschlägen für die Vereinheitlichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Köln, 1975.

All'art. K della proposta, dopo aver indicato al par. 1 la sfera di applicazione comunque riservata alla legge del luogo di protezione, il par. 2 delinea il regime internazionalprivatistico dei contratti sui diritti di proprietà industriale (183). In linea generale, per il tipo di contratto su bene immateriale (184), si indica nella prestazione del licenziante la prestazione caratteristica. Si individuano poi due sotto-tipi di contratto di licenza, per i quali è appropriata una diversa valutazione internazionalprivatistica. Sono le licenze esclusive e quelle in cui è previsto in capo al licenziatario un obbligo di sfruttamento del bene immateriale. In questi casi « si deve ritenere, di regola » (185) che il contratto presenti un collegamento più stretto con il Paese in cui si trova la sede del licenziatario (186). Emerge così la tendenza variamente presente nella dottrina ad enucleare, nell'ambito della categoria del contratto di licenza (e assimilati), dei sotto-tipi meritevoli di considerazione autonoma dal punto di vista del diritto internazionale privato.

Prendendo posizione in ordine a questa disputa, sembra di poter dire che i contratti di cui ci si occupa non sfuggono alla disciplina generale della Convenzione: per tutte le ipotesi in cui la prestazione del licenziatario-cessionario si limiti, nel suo contenuto essenziale, al pagamento di una somma di denaro, troverà applicazione il diritto dello Stato in cui il licenziante o trasferente, in quanto prestatore caratteristico, ha la propria sede. In relazione ad ipotesi diverse, invece, il collegamento più stretto potrà sussistere con lo Stato in cui ha sede la parte che riceve la tecnologia (187), in applicazione della clausola d'eccezione di cui all'art. 4, § 5. Infine, ove non si dia una prestazione caratteristica,

---

(183) Diversi dal diritto d'autore, cui è dedicato l'art. F della proposta.

(184) La denominazione è nostra, ma corrisponde allo spirito della proposta Ulmer. In essa si dettano infatti regole del tutto analoghe, almeno in linea generale, tanto per la licenza di brevetto, quanto per la licenza di diritto d'autore; il riferimento primario è al contratto di licenza, ma le regole così individuate sono estese anche ai contratti di cessione e ai contratti che hanno ad oggetto cessione o licenza di diritti (o piuttosto aspettative giuridiche) all'ottenimento di un bene immateriale. V. *Proposta Ulmer* art. K, § 3.

(185) *... ist jedoch in der Regel anzunehmen...*

(186) In caso di pluralità di sedi, si terrà conto della sede principale, se dal contratto non si desume la prevalenza di altra sede.

(187) Ad esempio per i contratti vertenti sulla produzione industriale, in cui cioè sia dedotto in contratto l'obbligo del licenziatario di produrre su scala in-

il collegamento più stretto sussisterà con lo Stato in cui il bene immateriale trasferito riceve protezione (c.d. *Schutzland*), la cui legge troverà dunque applicazione a titolo di *lex contractus*.

Da queste indicazioni, dirette di per sé soltanto ai giudici degli Stati parte alla Convenzione, dovrà al fine lasciarsi guidare anche l'arbitro internazionale, chiamato a risolvere una controversia i cui elementi caratterizzanti siano limitati al « vecchio continente ». Ciò per l'autorevolezza e l'ampia sfera d'applicazione dello strumento convenzionale in discorso, oltre che per la diffusione in detto ambito giuridico-geografico del modello costituito dalla Convenzione, ben al di là dei suoi limiti d'applicazione diretta.

28. In relazione alle controversie non esclusivamente « europee », infine, se mai si voglia comunque tentare di cristallizzare una realtà magmatica, è la legge del Paese di protezione-utilizzazione della tecnologia trasferita a costituire una soluzione dotata di un buon livello di probabilità di applicazione. Ciò in considerazione non soltanto degli aspetti attinenti alla disciplina dei diritti su beni immateriali, necessariamente sottoposti alla legge dello *Schutzland* (188), ma pure per il rilievo attrattivo delle norme internazionalmente imperative dello Stato in cui il lodo deve ricevere applicazione, *in primis* le norme sulla libertà di concorrenza. La violazione dei precetti contenuti in tali strumenti, infatti, avrebbe come conseguenza assai probabile il mancato riconoscimento del lodo. Portato a dare applicazione a tali norme per assicurare effetto utile alla decisione, l'arbitro sarà verosimilmente indotto a risolvere le ulteriori questioni di diritto contrattuale alla luce del medesimo diritto.

È interessante, nella prospettiva — ora ricordata — che in-

---

dustriale beni o servizi ottenuti dallo sfruttamento del bene immateriale licenziato, o per i contratti di licenza finalizzati a permettere al licenziatario la mera commercializzazione di un prodotto o di un servizio comportanti l'utilizzo del bene immateriale.

(188) In questa prospettiva, oltre alla decisione commentata subito oltre nel testo, cfr. la decisione CCI 16 giugno 1960, riportata in Arb.Rechtspraak, 1960, p. 281, e ricordata da SANDERS, *Trends*, cit., p. 250. Un contratto di licenza, relativo ad un brevetto francese, intervenuto tra il dante causa americano, con sede a New York, ed il suo avente causa francese, è sottoposto dagli arbitri al diritto francese « *as the agreement is in first place to be executed in France* ».

dividua la *lex locis protectionis* quale *lex contractus*, la decisione parziale resa dagli arbitri nel caso ICC n. 5314 del 1988 (189). La controversia riguarda un contratto di licenza di brevetto e *know-how* con cui il licenziante, una società italiana, autorizzava il licenziatario, una società del Massachusetts (USA) a fabbricare e vendere nei mercati statunitense e canadese beni prodotti con la tecnologia licenziata.

Le parti rimettono esplicitamente agli arbitri, nel compromesso, la scelta della legge applicabile. Nel corso del procedimento la parte italiana chiede l'applicazione dei principi di *lex mercatoria*, compresi i principi generali del diritto e di equità (*sic*), mentre la parte americana insiste per l'applicazione della legge dello Stato del Massachusetts, con eventuale riferimento sussidiario ai principi della *lex mercatoria*.

Il Tribunale arbitrale decide per l'applicazione di « *(t)he American law generally and the law of the State of Massachusetts in particular, supplemented if needed by the* lex mercatoria ».

Il metodo seguito dagli arbitri, stando almeno alla motivazione, è quello dell'applicazione cumulativa delle norme di conflitto degli Stati che hanno una relazione con la controversia. Gli arbitri prendono in considerazione, dunque, l'approccio americano del *most significant relationship test*, l'art. 4 della Convenzione di Roma come (futuro) diritto italiano, e la legge svizzera di diritto internazionale privato come applicata nella giurisprudenza (dunque, *in primis*, l'art. 122 LDIP). Da questa messe di parametri di riferimento essi desumono una regola che porta all'applicazione della legge del luogo di utilizzazione dei beni immateriali, in cui il licenziatario ha la propria sede.

È curioso allora — alla luce del metodo enunciato dagli stessi arbitri — verificare come questa soluzione sia contraria al diritto svizzero e non necessariamente corretta alla luce del diritto internazionale privato italiano. Tale dato, peraltro, si accorda con il carattere *soft* attribuito alle regole di conflitto nazionali in sede di arbitrato commerciale transnazionale.

Il ragionamento degli arbitri — secondo cui l'applicazione del diritto del Massachusetts è giustificata dalla constatazione che « *the law of the domicile of the licensee may contain manda-*

(189) Cfr. Ybk.Comm.Arb., 1995, XX, p. 35 ss.

tory rules which in any case have to be observed » — è piuttosto in armonia con le tendenze prevalenti nel panorama del diritto internazionale privato americano: anche quelle, però, « rivedute e corrette ».

XIII.

IL G8 TRA AUTONOMIA COLLETTIVA ED EFFETTIVITÀ « ISTITUZIONALE »

DI

ANGELA DI STASI

Professore associato dell'Università di Salerno

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La sovranità come interdipendenza e sussidiarietà. — 3. La partecipazione elitaria e l'esclusività nella *partnership*. — 4. La concertazione organizzata in un raggruppamento di vertice. Il G8 come espressione di « unilateralismo di gruppo »? — 5. Il *follow up* come prova di effettività « istituzionale » e procedurale. — 6. *Segue*: L'efficienza e la struttura organizzativa: riunioni di vertice, riunioni ministeriali, delegati (*sherpa*). — 7. Le competenze multiple nella prospettiva della sicurezza global-regionale. — 8. Un « attore » istituzionale di *global policy* e di sussidiarietà globale.

1. Anche se nella comunità internazionale si vive da tempo una fase di marcata istituzionalizzazione dei rapporti reciproci non è fuor di luogo rimarcare un carattere di forte dinamismo della sua base sociale. Essa, invero, risulta ancora saldamente ancorata all'esercizio delle libertà collettive statuali mediante le varie forme di partecipazione di singoli gruppi di Stati in qualche modo distinti o separati ma non per questo estranei o « disattenti » ai problemi della vita internazionale organizzata. Vuol dirsi che le relazioni bi-multilaterali degli Stati, più o meno *leaders* della vita internazionale, rappresentano una costante non meno di quella all'interno di comunità di base comprensive di Stati non leaders e articolate in spazi giuridici altrettanto significativi. Nel quadro del permanente bipolarismo tra « verticismo » ed « egualitarismo » dei rapporti organizzati si evidenzia, ormai da tempo, rispetto a tutti gli altri un raggruppamento internazionale di singolare interesse, denominato convenzionalmente G8 e risultato dall'evoluzione di un precedente gruppo, notoriamente qualificato come G7 la cui origine risale al 1975 (1).

Il presente contributo costituisce una versione modificata di un più ampio lavoro pubblicato in M. PANEBIANCO-A. DI STASI, *L'Euro-G8. La nuova Unione europea nel Gruppo degli Otto*, Torino, 2001.

(1) Sul G7-G8 in dottrina v., in ordine alfabetico, N. BAYNE, *Hanging in There: The G7 and G8 Summit in Maturity and Renewal*. The G8 and Global Governance Series, Aldershot, 2000; K. BECHER et al., *The Munich Summit: Analyses by the Research Institute, German Society for Foreign Affairs [Deutsche Gesellschaff*

L'esistenza, ormai, di una più che ventennale attività di *process law concert* di tale raggruppamento di Stati costituisce il presupposto per un tentativo di riflessione sullo stesso. Riflessione fondata, invero, sui caratteri soggettivi, oggettivi e spaziali

---

für Auswärtige Politik], Bonn, 1992; C. FRED BERGSTEN e C. RANDALL HENNING, *Global Economic Leadership and the Group of Seven*, Washington, D.C.: Institute for International Economics, 1996; J.P. DANIELS, *The Meaning and Reliability of Economic Summit Undertakings, 1975-1989*, New York-London, 1993; G. DE MÉNIL, *Les Sommets économiques: les politiques nationales à l'heure de l'interdépendance* (Economic Summits: National Policies at the Time of Interdependence), Paris, 1983; G. DE MÉNIL e M. SOLOMON ANTHONY, *Economic Summitry*, New York: Council on Foreign Relations, 1983; W. DOBSON, *Economic Policy Coordination: Requiem or Prologue?* Policy Analyses in International Economics, Vol. 30. Washington, D.C.: Institute for International Economics, 1991; D. H. DUNN (ed.) *Diplomacy at the Highest Level: The Evolution of International Summitry*, Studies in Diplomacy. Houndmills, Basingstoke, New York, 1996; Group of Thirty, *The Summit Process and Collective Security: Future Responsibility Sharing; A Study Group Report*, Washington, D.C.: Group of Thirty, 1991; P. HAJNAL, *The G7/G8 System: Evolution, Role and Documentation*, The G8 and Global Governance Series, Aldershot, 1999; P. HAJNAL (comp. e ed.), *The Seven-Power Summit: Documents from the Summits of Industrialized Countries, 1975-1989*, New York, 1989; ID., *The Seven-Power Summit: Documents from the Summits of Industrialized Countries; Supplement: Documents from the 1990 Summit.*, New York; AA.VV., *The G8's Role in the New Millennium*. The G8 and Global Governance Series, Aldershot, 1999; AA.VV., *Shaping a New International Financial System: Challenges of Governance in a Globalizing World*. The G8 and Gobal Governance Series, Aldershot, 2000; T. KOBAYASHI, *The Japanese Perspective on the Toronto Economic Summit and the Uruguay Round*. Bissell Paper No. 8. Toronto, University of Toronto, Centre for International Studies, 1988; E. KOKOTSIS, *Keeping International Commitments: Compliance, Credibility, and the G7, 1988-1995*. Transnational Business and Corporate Culture series, New York, 1999; C. MERLINI (ed.), *Economic Summits and Western Decision-Making*. London: Croom Helm, New York, 1984, C. MERLINI (ed.), *I Vertici: Cooperazione e Competizione tra Paesi Occidentali* (The Summits: Cooperation and Competition Among the Westen Countries), Rome, 1985; M. PANEBIANCO - A. DI STASI, *L'Euro-G8. La nuova Unione europea nel Gruppo degli Otto*, Torino, 2001; M. PANEBIANCO - A. LAMBERTI - A. DI STASI, *Il G7 e il nuovo ordine internazionale*, Roma-Salerno, 1996; R. PUTNAM e N. BAYNE, *Hanging Together: Cooperation and Conflict in the Seven-Power Summits.* Rev. ed. Cambridge, 1987; ID., *Hanging Together: The Seven-Power Summits*, Cambridge, 1984; ID., *Sovrani ma Interdipendenti: I Vertici dei Paesi più Industrializzati* (Sovereign But Interdependent: The Summits of the Most Industrialized Countries), Bologna, 1987; ID. *Weltwirtschaftsgipfel im Wandel* (World Economic Summits Amid Change), Bonn, 1985; F. PINOTTI, *Il gruppo dei sette*, Milano, 1996; *The Twenty G-7 Summits*. On the Occasion of the Twentieth Summit, Naples, July 8-10, 1994, Rome, 1994.

della concertazione organizzata, come espressione dell'autonomia collettiva e della effettività « istituzionale » del raggruppamento. Un ragguppamento di vertice, esclusivo ed elitario, ma dotato, nondimeno, di una spiccata attitudine all'apertura sia intra-gruppo (come dimostra la recente istituzione del G20), sia extragruppo (come testimonia l'esplicazione di un significativo ruolo di *police making* tra gli spazi organizzati o i « poli » del sistema mondiale). Un raggruppamento, inoltre, assurto a variante del governo internazionale di fatto come *under-institution* di gestione negoziale di funzioni di *governance* globale. Un raggruppamento, infine, che originato dall'interdipendenza nelle relazioni giuridiche internazionali, riflette, più di altri enti, le conseguenze della stessa sulla sua evoluzione soggettiva, funzionale e *lato sensu* spaziale.

2. Come è noto il sistema mondiale di organizzazione delle relazioni tra Stati in senso istituzionale o pseudo-istituzionale si è sviluppato in conformità dei dettami della Carta dell'ONU. Da un lato, nel senso di un universalismo che, solo preconizzato o sperato nell'art. 2 par. 6 della Carta, è stato sostanzialmente realizzato nell'attuale composizione latissima della base associativa dell'ONU. Dall'altro, nella direzione di un multilateralismo consolidatosi con la conclusione dell'Uruguay Round e la nascita dell'OMC (Organizzazione mondiale del commercio) e perfezionato attraverso il processo di suo ulteriore allargamento.

Ed, infine, con riferimento allo sviluppo di un imponente regionalismo, *quid medium* tra universalismo e statualismo, in sostanziale ossequio degli artt. 52-55 della Carta dell'ONU (2). Regionalismo fondato, peraltro, su di una visione non formalistica laddove l'art. 52, nel far riferimento ad accordi, oltre che ad organizzazioni regionali, si traduce in una legittimazione preventiva di una gamma ampia di sistemi regionali a dissimile livello di istituzionalizzazione. Regionalismo sempre più « eclettico » giacché la prassi delle organizzazioni internazionali rileva una

(2) Cfr., in tal senso, M. PANEBIANCO, (voce) *Organizzazioni internazionali regionali*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*. Tra la ricchissima bibliografia sul tema v., da ultimo, A. REMIRO BROTONS, *Universalismo, Multilateralismo, Regionalismo y Unilateralismo en el nuevo orden internacional*, in *R.E.D.I.*, 1999, n. 1, pp. 11-57.

tendenza al temperamento del principio di specialità con l'acquisizione, da parte delle organizzazioni economiche, di variabili ruoli nel più generale mantenimento della pace e, da parte di quelle politico-militari, di spazi residuali ultra-militari (3). Ed, inoltre, un regionalismo dimostratosi assolutamente compatibile con universalismo e multilateralismo poiché la creazione di aree di liberalizzazione economica o di cooperazione politica su scala regionale, subregionale e continentale non implica necessariamente la costruzione di « frontiere » esterne se ispirata ai principi dell'*open regionalism* come antidoto alla creazione di « fortezze » chiuse (4).

In questo processo lo Stato, come soggetto di base della comunità internazionale, è divenuto, al tempo stesso, attore e destinatario della trasformazione strutturale delle relazioni internazionali nel quadro della parziale evoluzione di alcuni principi fondamentali del Diritto internazionale (quali la sovranità e la sovrana uguaglianza degli stati nonché, come garanzia e contropartita dell'esclusione della competenza sul territorio statuale, il divieto di ingerenza negli affari interni di un altro stato).

In particolare la sovranità, « intesa come esercizio indisturbato del potere entro un certo territorio » (5), da parte dell'apparato statuale, e produttiva, da un lato, del diritto dello Stato sovrano di non subire interferenze da parte degli altri Stati, dall'altro, dell'obbligo per questi di astenersi dall'ostacolare tale esercizio ha subito, non diversamente dagli altri elementi costitutivi (popolo e territorio), una revisione critica che si riporta al plurisecolare dibattito dottrinale sul tema ma che si connota per un carattere di maggiore pragmaticità.

Dalla massima consacrazione in senso assolutistico e do-

---

(3) Sul principio di specialità v., per tutti, CH. CHAUMONT, *La signification du principe de spécialité dans les organisations internationales*, in *Mélanges Rolin*, 1964, pp. 55-66. Sulla separazione tra competenze economiche e politiche delle organizzazioni internazionali cfr. P. JUILLARD, *Les organisations internationales économiques*, in R. J. DUPUY (ed.), *Manuel sur les organisations internationales*, 1998, Dordrecht, Boston, London, in part. pp. 681-2.

(4) Sull'*open regionalism* v., fra gli altri, il fascicolo n. 17 del dicembre 1993 di *Dev & Int'l Coop*., dedicato a *Regionalisation and Globalization in the World Economy*.

(5) Così T. TREVES, *La sovranità monetaria oggi*, in SIDI (a cura di), *La moneta tra sovranità statale e diritto internazionale*, 2001, Napoli, p. 12.

gmatico in Bodin alla penetrante critica Kelseniana, alle più recenti rielaborazioni della teoria della sovranità limitata la nozione si è trasformata (6). Delocalizzata o deterritorializzata e denazionalizzata è transitata dalla unicità nella sua titolarità ad una sorta di contitolarità (attuale o ipotetica) per la concorrenza di altri soggetti ugualmente sovrani (le organizzazioni internazionali) ed, infine, per la necessità di prendere atto della configurabilità di diritti o di potestà propri di entità non statuali (individui, popoli, Ong, minoranze). In particolare, abbandonata la tesi della sovranità assoluta, la nozione di sovranità limitata o, almeno, condizionata in quanto al suo esercizio ha trovato una serie di precisazioni. In altri termini, se da un punto di vista meramente formale, la sovranità implica l'assenza di limiti di carattere giuridico, sotto un profilo materiale essa è necessariamente condizionata dalla presenza di fattori di compressione non solo di carattere etico-politico ma anche giuridico. Limiti che non snaturano il contenuto essenziale della stessa vista la autonomia e la volontarietà della rinuncia ad alcuni poteri sia all'interno, dove il sistema di potere è tenuto a riconoscere e tutelare le esigenze della società civile, sia all'esterno per il rispetto delle regole di coesistenza tra i soggetti del Diritto internazionale: in definitiva una *soft sovereignty* (7).

Se il crescente peso di obbligazioni giuridiche che delimitano l'esercizio della sovranità statuale, costituendo solo una forma di esercizio della stessa, non priva gli Stati del loro carattere di sovrani, è significativo che tenda ad affermarsi una visione della stessa come « processus dynamique, évolutif et fragile en ce sens qu'elle peut toujours être remise en cause » (8). Una so-

---

(6) Si ricordi la nota formulazione della sovranità in BODIN come: « summa in cives ac subditos legibusque absoluta potestas ». Per il concetto di sovranità in BODIN v. D. PASINI, *Riflessioni in tema di sovranità*, 1968, Milano, pp. 13 ss. Per KELSEN v. *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einerReinen Rechslehre*, 1920, Tübingen, nella traduzione italiana a cura di A. CARRINO, *Il problema della sovranità*, 1989, Milano. Sui limiti alla sovranità v., per tutti, M. CAPURSO, *I limiti della sovranità*, 1967, Milano; R. MONACO, *I limiti della sovranità degli Stati di fronte alle crescenti competenze dell'organizzazione internazionale*, in TORNETTA, *Le Nazioni Unite del 2000 verso un nuovo ordine internazionale*, 1991, Bari, p. 371 ss.

(7) V. GOTTLEB, *Nation Against State: A New Approach to Ethnich Conflicts and Decline of Sovereignty*, 1993, New York, p. 36.

(8) Cfr. M. FLORY, *Souveraineté et coopération*, in *Recueil des Cours*, 1974, vol. 1, p. 313.

vranità che, nella ricerca di un equilibrio tra importanti principi risulta compressa in senso giuridico-formale ma che, nell'impatto con le molteplici situazioni d'interdipendenza planetaria, risulta limitata anche *de facto*. Una sovranità, pertanto, la cui nozione giuridica non può essere indipendente dal riferimento a realtà pluri o extra-statuali che assurgono ad ulteriore parametro di riferimento della competenza nazionale dello Stato (9). Mentre « le droit international pénètre au coeur même du sanctuaire de la souveraineté » (10) costituisce forte elemento di compressione della sovranità la partecipazione dei singoli Stati ad organizzazioni internazionali di integrazione, produttive di rilevanti limitazioni, ma anche al più generale complesso delle altre forme di organizzazione delle relazioni interstatuali (attraverso organizzazioni di cooperazione, raggruppamenti internazionali di Stati, ecc.).

La revisione delle nozioni di sovranità statuale e di indipendenza, intesa come esclusività e pienezza della competenza statuale, costituisce il presupposto concettuale per inquadrare un fatto quale la crescente interferenza reciproca tra gli Stati. L'impossibilità, per ciascuno di essi, di raggiungere singolarmente il massimo degli obiettivi di crescita all'interno dei confini nazionali li rende particolarmente vulnerabili cosicché il coordinamento di politiche, precedentemente di mero interesse nazionale, assurge a *conditio sine qua* non per il mantenimento di un ordine mondiale equilibrato. La ricerca della *governance* internazionale, con il ricorso ad una locuzione in certo modo sostitutiva di quella più tradizionale di ordine internazionale, si fonda, infatti, sull'equilibrio esterno tra una pluralità di centri di potere: alcuni classici (gli Stati), altri di più recente cristallizzazione (le organizzazioni internazionali in senso lato) e sull'equilibrio interno agli stessi (11). Un equilibrio che, in una società internaziona-

---

(9) Così M. VIRALLY, *Cours général de Droit international public*, in *Recueil des Cours*, 1983, t. 183, p. 124.

(10) Cfr. B. CHENG, *La jurimétrie: sens et mesure de la souveraineté juridique et de la compétence national*, in *Journal de droit international*, 1991, n. 3, pp. 579-599.

(11) Sulla *governance* v., da ultimi, D. HELD e A. MCGREW, *Globalismo e antiglobalismo*, Bologna, 2000, in part. 92 ss. Inoltre v. P. GUERRIERI e H. ECKART SHARRER (eds.), *Global Governance, Regionalism and the International Economy*, Nomos Verlagsgesellschaft, HWWA, Studies n. 58.

le anarchica ma non caotica, non può non partire proprio dai mutati caratteri delle personalità statuali, sempre più interdipendenti e in rapporti di sussidiarietà complessa (12). È la stessa globalizzazione, tradizionalmente intesa come internazionalizzazione della produzione, dei servizi finanziari e bancari nel quadro di politiche economiche neo-liberali di promozione della privatizzazione e della liberalizzazione, che trascende la sua dimensione meramente economica con una serie di ricadute su aspetti non economici della vita dello stato (si pensi, tra tutti, al rapporto tra globalizzazione e diritti umani) (13).

In particolare l'interdipendenza, intesa come una situazione caratterizzata « da effetti reciproci che si verificano tra paesi e fra attori in differenti paesi » (14) e produttiva della summenzionata vulnerabilità di ciascuno Stato rispetto agli altri, costituisce il presupposto della concertazione, come attività esplicata da un ente quale il G8 e, al contempo, un mezzo atto al superamento o, almeno, al controllo delle vulnerabilità individuali. Pertanto, da un lato, all'interno del Gruppo l'equilibrio non può non essere condizionato, come insegnano la disunione slava e sovietica, dalla decomposizione degli spazi multistatuali, dall'eliminazione dei blocchi territoriali e dal ritorno agli Stati regionali di piccola o media dimensione. Inoltre esso non può non riflettere la destatualizzazione dello Stato nel senso della delocalizzazione della vita statuale e della sua rilocalizzazione all'interno del grande spazio globale sottoposto necessariamente alla concorrenza di una pluralità di ordinamenti e regimi normativi (15). Dall'altro, nella veste di semplice raggruppamento di Stati, il G8 consente, inve-

---

(12) V., da ultimo, per un inquadramento ampio, S. ROMANO, *La pace perduta. Il grande disordine mondiale: guerre e crisi nel terzo dopoguerra. 1989-2000*, Milano, 2001.

(13) Sulla globalizzazione v., da ultimo, I. CLARK, *Globalizzazione e frammentazione*, Bologna, 2001 e la ricca bibliografia *ivi* indicata. In maniera più specifica sul rapporto tra globalizzazione e diritti umani v. A. PAPISCA e M. MASCIA, *Le relazioni internazionali nell'era dell'interdipendenza e dei diritti umani*, 1997, Padova.

(14) V., per questa definizione, R.O. KEOHANE e J.S. NYE, *Power and Interdependence: World Politics* in *Transition*, 1977, Boston, p. 8. Per un inquadramento più ampio del tema v., fra tutti, H. PURVIS, *Interdipendence: An Introduction to International Relations*, 1992, New York e G. CHO, *Trade, Aid and Global Interdependence*, 1995, London e New York.

(15) V., in tal senso, M. PANEBIANCO, *Il G7 e il soft law istituzionale*, in *Di-*

ro, la massima salvaguardia possibile delle sovranità statuali presenti nel Gruppo. Nondimeno esso rappresenta l'ennesima riprova del processo di limitazione della stessa, compressa e condizionata nel suo esercizio non solo all'interno delle organizzazioni internazionali di tipo classico ma, altresì, all'interno dei raggruppamenti di Stati. Una sovranità delocalizzata, deterritorializzata e denazionalizzata, sia pure su basi di autonomia e volontarietà, trova la sua massima esplicazione nel G8 nell'esercizio di una « sovranità di gruppo » o « sovranità concertata ».

È proprio la sovranità di gruppo, come espressione dell'unico livello possibile di concertazione tra le otto grandi potenze mondiali, a consentire la sintesi tra dimensione statuale e dimensione inter o sovra-statuale di azione. Lo Stato esercita o manifesta la sua sovranità nel G8 al tempo stesso singolarmente e collettivamente ed i prodotti dell'attività concertativa tendono a produrre una generale omologazione delle condotte di vari soggetti internazionali ai molteplici livelli della società globale.

3. Come è noto agli Stati della Comunità internazionale è stato pacificamente riconosciuto il potere, in un certo senso costituente, di configurarla come una società di soggetti liberi perché sovrani, indipendenti ed uguali rispetto ad un unico ordinamento giuridico (16). Tale ipotesi di fondo non risulta modificabile con riferimento a nuove e diverse configurazioni della stessa comunità tendenti a renderne più rigida l'appartenenza nelle forme di una società universal-regionale, in un certo senso « bloccata » dai suoi schemi organizzativi e, pertanto, insuscettibile di assumere regimi di maggiore flessibilità ovvero a geometria variabile e comunque di formazione spontanea nell'esercizio di quel potere organizzativo cui sopra si è fatto cenno. Con ciò vuol dirsi che nel secondo dopoguerra già le forme della società universale delle Nazioni Unite erano ben compatibili con espressioni variabili di regionalismo nelle quali si evidenziavano Stati o gruppi di Stati maggiori o più potenti rispetto ad altri. Il tutto

---

venire sociale e adeguamento del diritto. Scritti in onore di Francesco Capotorti, 1999, Milano.

(16) V., sul tema, un'opera ormai classica, P. ZICCARDI, *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000 (ristampa dell'edizione originaria del 1943).

senza peraltro immaginare che dal contesto di singole regioni del mondo potessero ergersi alcuni di essi — e solo essi — rappresentanti di una minoranza numerica ma costituiti in una maggioranza economico-politica.

In un raggruppamento di Stati, quale il G8, il problema della *membership* (*rectius*) *partnership* si configura con modalità in parte comuni al complesso degli enti organizzati, in parte peculiari come effetto delle specificità del Gruppo. La spiccata autonomia che presiede, in genere, alla regolamentazione dello *status* di membro o partner, come definitorio delle condotte statuali nell'ambito del rapporto associativo, risulta, per certi versi, accentuata all'interno di un raggruppamento internazionale quale il G8. La capacità attiva di destinatario di diritti e passiva di destinatario di obblighi, in assenza di un atto convenzionale, risultano fondati, infatti, su regole di comportamento derivanti da una prassi non pattizia.

Come è noto la condizione per l'appartenenza al G8 è legata ad un parametro di tipo economico, consistente nella detenzione del potere economico mondiale. L'elitarietà o esclusività della *partnership*, come effetto di una scelta di tipo economico, è suffragata, invero, da una sostanziale omogeneità o condivisione nei valori politici (principalmente democrazia, rispetto dei diritti umani e dello Stato di diritto) degli appartenenti al Gruppo. L'affinità, prima solo economico-finanziaria poi economico-politica, che accomuna gli Stati *partners*, nel costituire il presupposto giustificativo della nascita del raggruppamento, consente di superare la mancanza della contiguità geografica, già elemento strutturale delle organizzazioni regionali secondo la teoria classica onusiana.

L'elitarietà nella partecipazione, peraltro, non è risultata modificata, in modo significativo, dalle ricadute dell'evoluzione funzionale del gruppo, di cui *infra*. In particolare l'inclusione della Federazione russa, a partire dal vertice di Napoli (1994) e come *non full member*, non ha alterato il carattere elitario o esclusivo di tale club (17). Club con vocazioni direttoriali, secon-

---

(17) Cfr. J. WILLIAMS, *The G-7, the CIS and Nuclear Proliferation*, Bristol, 1993; Heiwa Anzen Hosho Kenkyujo (Tokyo, Japan). *After the Collapse: G-7 Policy toward Russia and the C.I.S.* RIPS Special Report., Tokyo: Research Institute for Peace and Security, 1994.

do la percezione iniziale degli Stati non parte e finalizzato a sostituire ad un sistema monopolistico, fondato sulla *leadership* statunitense, un sistema di oligopolio economico, incentrato sulla concertazione dei Sette.

Oligopolio economico, come concentrazione del potere di decisione economica cui si accompagna, peraltro, un correlato potere di indirizzo politico internazionale vista la dipendenza del secondo dal primo come avrebbe confermato, altresì, la crescente polifunzionalità del G8. È proprio il carattere ristretto della *partnership* che, nel dargli la connotazione di club, è alla base della costante critica di alcuni dei paesi esclusi sia all'interno della Comunità europea che al suo esterno. Da un lato, da parte di molti Stati membri dell'Unione europea privati, in questo modo, del riconoscimento dello *status* di potenza industriale. Dall'altro, da parte di stati esterni all'Unione quali, ad esempio, l'Australia.

L'attitudine di un gruppo limitato di stati, disposti ad assumere la gestione degli affari mondiali nei più diversi settori delle relazioni internazionali deriva, invero, dalla particolare responsabilità di cui questi ultimi si ritengono depositari nei confronti degli altri in ragione della loro peculiarità geo-economica e geopolitica. Peraltro, nel corso delle varie epoche, tali attitudini verticistiche sono state guardate con particolare sospetto come indice di una tendenza egemonica, per sua natura contrastante con i caratteri egualitari della società degli Stati e quindi lesiva della loro indipendenza sovrana e della loro eguaglianza quali soggetti politici. Tuttavia gli Stati di maggiore statura continentale hanno sempre aspirato a poter esercitare ruoli significativi nell'intera comunità mondiale della quale si è fornita una rappresentazione in chiave universale (a seconda delle varie epoche intesa come *civitas mundi*, come *imperium* universale e, più recentemente, come *Commonwealth* o come *global society* dell'intera umanità).

Nel 1994 l'inclusione della Federazione russa nel P8 (*Political eight*), successivo al *Summit* economico, modificava la pregressa prassi, invalsa a partire dal 1991, di coinvolgerla solo in un dialogo *post-Summit*. Tuttavia la piena integrazione sarebbe avvenuta solo a partire dal Vertice di Birmingham (1998) giacché il precedente Vertice di Denver (1997), nell'ammetterla alla parte economico-finanziaria del *Summit*, ne aveva continuato ad

escludere la partecipazione alla trattazione di alcune questioni economiche (18).

L'elitarietà ed esclusività nella *partnership* subisce una certa messa in discussione allorché nello *Statement* del *Summit* di Colonia dei Capi di Stato e di Governo del G7 essi assumono l'impegno « to work together to establish an informal mechanism for dialogue among sistematically important countries within the framework of the Bretton Woods institutional system » (19). Il permanente difetto di legittimazione rilevato, da parte della comunità intesa nella sua globalità, con riferimento all'esclusività del G7-G8 trova, pertanto, un temperamento nella nascita, nel settembre 1999, nel corso del *meeting* dei Ministri delle finanze del G7, del G20 (20). Foro dei ministri delle finanze e dei governatori delle banche centrali esso include, oltre agli 8 Stati del G8, altri dodici Stati. Essi rispondono a criteri di rappresentanza geo-economica di tutti i continenti con l'inclusione di Argentina, Brasile e Messico per l'America, di Cina, India, Korea, Arabia Saudita, Turchia, Indonesia e Malesia per l'Asia e, inoltre, della Repubblica Sud africana e dell'Australia.

Legittimazione *ex post* per il G7, come effetto della partecipazione al G20 dei « systematically important countries » di ogni continente che si accompagna, peraltro, alla prevalenza, all'interno di tale foro, dei membri del G8? Quale esito di un lungo itinerario di ravvicinamento tra due gruppi di Stati, quelli *in* e quelli *out*, rappresentanti i « poli » del mondo e chiamati ad assicurare uno sviluppo equilibrato, concertato e sincronico dell'economia mondiale la recente istituzione del G20 si inquadra nel più ampio quadro della necessità avvertita dagli Stati parte del G8 di una nuova *partnership* « with non G8 countries, particularly developing countries... » (Comunicato di Okinawa, 2000) (21). In ogni caso il G20 non costituisce una forma di allargamento della *partnership* ma, al contrario, nella sua veste di

---

(18) Il testo dei comunicati finali è rinvenibile sul sito *http://www.library.utoronto.ca/g7/summit/*.

(19) V. sul sito *http://www.library.utoronto.ca/g7/summit/*.

(20) Sul G20 cfr. T. PORTER, « *The G-7, the Financial Stability Forum, the G-20, and the Polities of International Financial Regulation*. » Paper prepared for the International Studies Association Annual Meeting, Los Angeles, California, March 15, 2000.

(21) V. sul sito *http:l/www.library.utoronto.ca/g7/summit/*.

foro di incontro a carattere specializzato, tende a rappresentare una sorta di G8 più dodici e, come tale, rimarca la natura di club del G8.

4. Se proprio si volesse rinvenire un precedente al G8 esso potrebbe ritrovarsi in quel Concerto europeo che, come è noto, per tutto l'800, ha costituito lo strumento fondamentale di cooperazione tra sovrani e capi di Stato attraverso la convocazione di conferenze *ad hoc* finalizzate alla soluzione delle principali questioni della vecchia Europa. Il tutto mediante un'organizzazione solo giuridica della cooperazione tra Stati cui farà seguito, nel secondo 900, l'imponente sviluppo della cooperazione istituzionale attraverso un sistema di organizzazioni internazionali, non completamente assorbente rispetto alle forme di cooperazione non istituzionale.

Il Gruppo degli Otto, come ritrovato meccanismo di concerto mondiale, fornisce un contributo alla stabilizzazione dell'ordine mondiale nella veste del raggruppamento internazionale. Raggruppamento, come si è detto, di vertice, altamente elitario ed esclusivo, in luogo dei raggruppamenti orizzontali (quali, tra gli altri, il Gruppo dei 77, o il Movimento dei non allineati/NAL) in cui l'attività concertativa è realizzata all'interno di una base ampia ed eterogenea. La dimensione verticale, come contrapposta a quella orizzontale, si traduce in modalità organizzative e prassi operative parzialmente dissimili da quelle utilizzate dai raggruppamenti di base nei quali l'attività concertativa risulta presidiata da regole idonee alla manifestazione di una volontà di gruppo come propria di un raggruppamento « maggioritario » (fino a diventare un movimento) (22).

In generale il raggruppamento di Stati obbedisce a regole molto diverse rispetto a quelle proprie sia delle organizzazioni, fondate su norme e strumenti di Diritto internazionale pattizio che possono rimanere tali o evolvere verso forme più spinte di istituzionalizzazione, sia delle unioni di Stati. In particolare non si identifica né con l'ente-organizzazione internazionale (intesa

(22) Sulla ricostruzione della società internazionale al duplice livello delle relazioni di base e di vertice cfr., per tutti, P. ZICCARDI, (voce) *Organizzazione internazionale (in generale)*, in *Enciclopedia del diritto*, pp. 158-164.

in senso lato) (23) né con l'ente Stato, *uti singulus*, giacché, in quanto struttura di vita collettiva, tende a superare la dimensione strettamente statuale senza che, tuttavia, il carattere interstatuale si congiunga con gli altri elementi di definizione dell'organizzazione. Il che sembra realizzabile solo attraverso una forma di Diritto internazionale atipico e cioè di Diritto internazionale a formazione spontanea come espressione autentica di uno *jus inter potestates* perché appartenente alla fase costituente della società internazionale contemporanea.

L'incapacità di elaborare atti imputabili alla *voluntas* dell'organizzazione rende le singole manifestazioni di volontà degli Stati finalizzate non già ad un processo di unificazione ma ad una mera convergenza da parte di soggetti di Diritto internazionale che rimangono *singuli* rispetto alla volontà del Gruppo: un fascio di volontà, per così dire, « unilaterali ».

Come è noto, nel quadro della *summa divisio* elaborata dalla dottrina tra atti unilaterali, come imputabili ad un solo soggetto di Diritto internazionale (Stato o organizzazione) ed atti concertati convenzionali, quale frutto di un processo di unificazione delle volontà di una pluralità di soggetti di Diritto internazionale, la dottrina ha individuato l'esistenza di una sub-categoria, quella degli atti concertati non convenzionali, frutto di una sistematizzazione piuttosto recente di un complesso di strumenti che, pur accompagnando la storia delle relazioni interstatuali, risultano, nell'attuale assetto della comunità internazionale, ulteriormente sviluppati e diversificati (24). A tale qualificazione, mutuata dalla dottrina francese (che parla di *instruments concertés non conventionnels*), fa da *pendant* quella di *gentlemen's agreements* o *non binding agreements*, come li definisce la dottrina angloamericana, o di *acuerdos no normativos* o *extrajurídicos* o *pactos entre caballeros*, come li qualifica la dottrina spagnola. In realtà tali varianti terminologiche, non sempre perfettamente sovrapponibili, tendono tutte alla ricognizione di un complesso di modi di espressione di volontà statuali caratterizzate sia dal-

---

(23) Cfr. M. PANEBIANCO e G. MARTINO, *Elementi di diritto dell'organizzazione internazionale*, 1997, Milano, cap. 1.

(24) V., per tutti, N.Q. DINH - P. DAILLIER e A. PELLET, *Droit international public*, 1999, Paris, pp. 381-389 e J. COMBACAU e S. SUR., *Droit lnternational Public*, 1997, Paris, pp. 83-90.

l'assenza del principale elemento di qualificazione dell'atto unilaterale (e cioè l'unilateralismo), sia dalla mancanza del carattere della convenzionalità come fondamento degli atti concertati convenzionali. Negli atti concertati non convenzionali, invero, all'elemento negativo costituito dalla non convenzionalità, come effetto di una scelta esplicita ma anche implicita dei partecipanti all'atto, si aggiunge un elemento di qualificazione rappresentato dall'essere il prodotto di una procedura concertativa, per definizione escludente qualsiasi forma di unilateralismo.

Pertanto con riferimento specifico ai Comunicati finali del G8, esclusa parimenti la possibilità di inquadrarli utilmente tra gli atti unilaterali (sia degli Stati che delle organizzazioni internazionali) come pure la loro riconduzione alla categoria degli atti concertati convenzionali, non rimane che la loro collocazione all'interno della summenzionata sub-categoria degli atti concertati non convenzionali. Tuttavia la demitizzazione dei vertici, sovente presentati come la mega assise sovranazionale di risoluzione dei grandi problemi della comunità internazionale, si fonda proprio sulla confutazione dell'assunto dell'assoluta unità di intenti e della piena consapevolezza dell'azione collettiva da parte dei Capi di Stato e di Governo. Viceversa la procedura concertativa che si realizza al loro interno (*process law concert*) (25) si atteggia, a ben vedere, come fattore di composizione di un duplice interesse non necessariamente coincidente e di cui ogni Stato è portatore: quello nazionale e quello internazionale. La delicata opera di contemperarli è rimessa al soggetto-persona deputato alla rappresentanza dello Stato al più alto livello: il Capo dello Stato o Presidente della Repubblica (per Stati Uniti, Canada, Francia, Russia) o il Primo Ministro o Premier (per Gran Bretagna, Germania, Giappone, Italia) conformemente alle rispettive competenze in materia di politica estera.

L'elevatezza della rappresentanza non elimina, in ogni caso, una sorta di deficit democratico in ragione del mancato controllo parlamentare costituendo, in senso lato, una forma di erosione del tradizionale sistema di ripartizione dei poteri all'interno dello Stato e rappresentando un'espressione del cd. *presidential power*. Ma soprattutto l'eventuale *iato* tra interesse nazionale ed

---

(25) Ci permettiamo di rinviare a quanto già detto da noi in M. PANEBIANCO - A. LAMBERTI - A. DI STASI, *op. cit.*, 1996, Roma-Salerno, p. 465.

interesse del raggruppamento che si traduca, ad esito dell'attività concertativa, in una *voluntas* dello stesso, come prodotto dell'attività concertativa, è riconducibile ad una sorta di « unilateralismo di gruppo »? Si tratterebbe probabilmente di operarne la riconduzione alle forme tradizionali dell'autonomia individuale che rende lecito l'agire in forma comunicativa con gli altri Stati nell'ambito del generale esercizio dell'autonomia collettiva, da sempre riconosciuta in forme istituzionali o organizzative libere o informali. D'altra parte l'espressione stessa di Comunicati, propria delle dichiarazioni finali dei Vertici, rimarca il lecito esercizio di una capacità giuridica o di agire degli Stati in una società internazionale fortemente comunicativa e dove all'espressione non vincolante della volontà statale debbono riconoscersi alcuni dati salienti dell'agire collettivo.

5. Come è noto, l'enorme sviluppo registrato, negli ultimi decenni, da parte dei sistemi di unione di Stati in senso semi o quasi istituzionalizzato ha indotto parte della dottrina ad allargare la nozione di organizzazione internazionale con la creazione di una nuova categoria (quella di organizzazione meta-nazionale o pseudo-organizzazione) (26). Tale categoria può risultare dilatabile fino a ricomprendervi i raggruppamenti di Stati, intesi quali strutture capaci di imitare alcune funzioni e attività di un peculiare tipo di organizzazione internazionale, come quella meta-nazionale o pseudo-organizzazione? Raggruppamenti che, talvolta, possono costituire solo la forma iniziale di un più ampio processo cooperativo che consegue alla trasformazione del raggruppamento in organizzazione (si pensi, da ultimo, all'istituzione dell'Organizzazione di cooperazione di Shangay nel quadro del perfezionamento dello Shangay Forum come gruppo informale asiatico).

Il ricco dibattito (immediatamente successivo all'adozione

---

(26) Sulla nozione di pseudo-organizzazione e sulla collocazione intermedia tra le unioni organizzate e le riunioni collettive di tipo classico v., M. PANEBIANCO e G. MARTINO, *op. cit.*, in particolare par. 1.8. Per uno sforzo di riconcettualizzazione della nozione di organizzazione internazionale v., da ultimi, C. BRÖLMANN, *A Flat Earth? International Organizations* in *the System of International Law* e J. KLABBERS, *The Life and Times of the Law of Internazional Organizations*, in *Nordic Journal of International Law*, 2001, n. 70, pp. 319-340 e 287-317.

dell'Atto di Helsinki del 1975 che diede vita alla CSCE), che si è sviluppato nella dottrina europea ed extra-europea sulla problematica del cd. diritto della *concertazione organizzata*, ha sottolineato l'esistenza, nel quadro delle fonti *lato sensu* di formazione del Diritto internazionale, di atti di *soft law*, come categoria simmetrica o speculare rispetto alla categoria classica dell'*hard law*. Neo categoria oggetto di critiche e negata da una consistente dottrina che ha ravvisato nel duplice elemento del non *binding* e del *non enforceable*, quali connotati degli atti di *soft law*, la negazione stessa del Diritto internazionale. Più recentemente il generale progressivo rafforzamento, *de facto* se non *de iure*, delle pseudo-organizzazioni e la legittimazione della loro azione in ambiti regionali ed internazionali ha restituito nuova linfa alle configurazioni, di carattere non positivistico, sul *soft law* la cui esistenza, in generale, non risulta più messa in discussione (27).

Come è noto, alla luce di una concezione oggettivistico-funzionale dell'organizzazione internazionale e dei suoi « prodotti » normativi, non risultano privi di rilevanza per l'interprete anche forme atipiche o *sui generis* di assunzione di obblighi e acquisizione di diritti ad opera degli Stati nonché di acquisizione di liceità di comportamenti. Si tratta evidentemente di adottare una prospettiva concettuale di valorizzazione non già del momento formale o dello *status* giuridico della norma ma, invece, della sua influenza nel sistema complessivo delle relazioni internazionali in quanto tendente a costituire un sistema di valori e quindi di comportamenti leciti nel quadro di relazioni concordate o concertate tra raggruppamenti o potestà internazionali. In questa chiave di lettura, per così dire « effettuale », ci si potrebbe domandare se un impegno, inizialmente non giuridico, possa acquisire un certo coefficiente di giuridicità nel corso di processi

(27) Sul tema del rafforzamento delle pseudo-organizzazioni, con riferimento specifico all'OSCE, ci permettiamo di rinviare ad A. DI STASI, *La OSCE: effettività istituzionale e processo normativo*, in *La Comunità Internazionale*, 1999, n. 2, pp. 237-270, in part. par. 4. In merito al dibattito sul *soft law* cfr., fra gli altri, I. SEIDL-HOHENVELDERN, *International Economic « Soft law »*, in *RCADI*, 1979, II, pp. 169-246; WEIL, *Vers une normativité relative en Droit International*, in *RGDIP*, 1982, n. 86, pp. 5-47; ID., *Towards Relative Normativity in lnternational Law*, in *AJIL*, 1983, pp. 413-442. Per una prospettazione molto scettica delle « soft organizations » v. J. KLABBERS, *Institutional Ambivalence by Design: Soft Organizations in International Law*, in *Nordic Journal of International Law*, 2001, n. 70, pp. 403-421.

ripetitivi all'interno dei quali è, peraltro, difficile individuare il momento di passaggio dall'obbligatorietà politica a quella giuridica. Un « obbligo » G7-G8, assunto in un'area di grande permeabilità tra il diritto e la politica, può essere *ex nunc* (e non *ex tunc*) qualificabile come giuridico e, come tale, inserirsi nei procedimenti di *law making*? Esiste un qualche impatto della produzione « normativa » del G8 nell'ambito del processo di creazione, modifica o estinzione di norme giuridiche internazionali? L'ammissione che dagli impegni G8 derivino anche effetti giuridici (anche se la giuridicità non coincide con la obbligatorietà e la sanzionabilità) non apparirebbe priva di conseguenze in ragione dell'ampia rappresentatività dei soggetti parte e della durata complessiva del processo ormai più che ventennale. Evidentemente la questione dell'individuazione del *quid iuris* negli atti G7-G8 non sussiste per quelle disposizioni che si limitino a riflettere principi o consuetudini internazionali. Viceversa, rimane rilevante rispetto a « obblighi » ed « impegni » che non siano meramente riproduttivi di norme consuetudinarie preesistenti e che, pertanto, dovrebbero essere contrassegnati da autonoma valenza di produzione giuridica.

Una parte della dottrina, nella precisazione della nozione di *soft law*, ha attribuito al consenso manifestato mediante codeste forme « metagiuridiche » il ruolo di « pre-diritto » circoscrivendone, pertanto, la funzione normativa, prima della traduzione in forme giuridicamente vincolanti, a mera disciplina del vivere sociale (28). Altra parte, ponendone in discussione la stessa configurabilità, ne ipotizza un'attitudine ad essere precursore del nuovo diritto consuetudinario ove non esistano i presupposti per la formazione di norme di tal genere (29). In questo senso esso rappresenta un elemento sia per la rilevazione dell'*opinio iuris* che per quella della prassi degli Stati (30). Non manca poi chi, nell'universo del *soft law*, non sottolinei il rapporto intercorrente tra atti di *soft law* e trattati internazionali, talvolta alterna-

(28) C.M. CHINKIN, *The challenge of soft law: development and change in international law*, in *ICLQ*, 1989, pp. 850-866. V. la voce *Soft law* di D. THURER, in *Encyclopedia of Public International Law*, 2000, vol. 4, pp. 452 ss.

(29) Cfr. D. THURER, *op. cit.*, p. 459.

(30) Cfr. D. THURER, *op. cit.*, p. 458.

tivo, talvolta complementare (31) e chi sottolinei l'esistenza, in alcuni *binding agreements* di contenuti *non bindings* (come parti o clausole sprovviste, per volontà delle parti, di effetti obbligatori) (32). Non trascurabile risulta, inoltre, la rilevanza e l'utilità del ricorso al *soft law* nell'attività d'interpretazione e di esecuzione del Diritto internazionale, fortemente ancorato all'esigenza di *implementation* di principi e norme.

Siffatte, pur autorevoli, configurazioni dottrinali appaiono, peraltro, non completamente idonee, in relazione al G7-G8 a giustificare un'obbligatorietà *de facto* di alcuni degli atti adottati. Inoltre se la verifica dei contenuti dei comunicati e degli atti del G8 rivela il ricorso ad un linguaggio meramente propositivo-permissivo, tipico del diritto raccomandatorio o soffice, nondimeno, e sia pur in casi limitati, emerge una più forte volitività e talora perentorietà quasi ordinatoria di parti dell'atto (33).

In questo quadro concettuale il progressivo allargamento funzionale del G8, unito alla significatività dell'attività concertativa realizzata nel suo alveo, rende non priva di interesse una verifica della sua effettività « istituzionale » sulla base del processo di *follow up*. All'interno di un raggruppamento internazionale, come il Gruppo degli Otto, non può non disconoscersi, infatti, la rilevanza dei Vertici, intesi come momento di assunzione di nuovi impegni ma anche come fase di monitoraggio dell'esecuzione dei pregressi. Le riunioni al vertice, pur nel quadro di una lenta evoluzione delle loro modalità di svolgimento con un'accentuazione del formalismo, hanno consentito, infatti, una concreta definizione dell'« esecuzione » effettiva degli impegni assunti saldando in un *unicuum* il *prius* e il *posterius*. I Vertici, peraltro, nella loro funzione di verifica dei procedimenti e delle relative fasi procedimentali, uniscono al carattere della regolarità anche quello della « necessarietà », giacché l'esecuzione degli

---

(31) V., per tutti, O. SCHACTER, *The Twilight Existence of non Binding International Agreements*, in *AJIL*, 1977, 7.1, pp. 296-304; M. BOTHE, *Legal and Non Legal Norm*, in *NJIL*, 1980, vol. XI, pp. 65-95, in part. p. 68. V. inoltre A.F. BOYLE, *Some reflections on the relationship of treaties and soft law*, in *ICZQ*, 1999, ott., p. 901 ss. Cfr. H. KONRAD RESS, (voce), *Non-binding Agreements*, in *Encyclopedia of Public International Law*, 1997, vol. 3, p. 606 ss.

(32) V. D. THURER, *op. cit.*, p. 456.

(33) V. Comunicato finale del Vertice di Napoli con riferimento all'accettazione del Piano di pace per la Bosnia.

impegni assunti, attraverso una prassi consuetudinaria, assurge a strumento di parziale « compensazione » del difetto di *vis* giuridica originaria. La successione delle riunioni e la serialità dei comunicati finali costituisce, pertanto, un momento di *follow up* con rilevanti conseguenze nella canalizzazione e stabilizzazione delle relazioni internazionali.

L'esplicazione dell'autonomia consensuale e dell'autotutela esecutiva, ad opera dei singoli Stati-parte del G8 si verifica, come è noto, nell'alveo di un sistema consensuale, non giuridico in senso stretto, che deriva dall'integrazione di accordi non formali con una prassi consuetudinaria sviluppata nel processo di gruppo. Al tempo stesso l'osservanza spontanea, da parte degli Stati, degli « impegni » G7-G8 come effetto dell'assunzione, sia pure in forma semplificata, di diritti e doveri consente di qualificare, *ex tunc* e non *ex nunc*, i vari Atti adottati (sotto la veste di Comunicati finali) come *corpus* « di regole di condotta » e base per la formazione di un diritto consuetudinario.

Il difetto di obbligatorietà e sanzionabilità in senso stretto, come conseguenza della loro origine, non significa, evidentemente, assenza di vincolatività. L'assunzione di diritti ed obblighi attraverso modalità atipiche — come conferma la prassi di altri enti, quali la CSCE-OSCE, comparabili ma non assimilabili sul piano della natura giuridica — non si traduce in necessaria debolezza del processo. Anzi talvolta l'assenza di una *vis* giuridica, come naturale effetto dell'acquisizione di diritti e doveri attraverso un accordo internazionale, rafforza la vitalità del processo che si sviluppa molto al di là delle limitate prospettive originarie. Né, d'altra parte, il ricorso ad atti di *soft law*, con una coesistenza di norme di carattere programmatico accanto ad obblighi giuridici o politico-giuridici, risulta negletto anche da parte di organizzazioni internazionali vere e proprie, come dimostra una prassi riscontrabile in tutti i sub-continenti. Che l'attività concertativa, produttiva di atti di *soft law*, non costituisca soltanto una forma di integrazione « depotenziata », utilizzata pertanto da enti non istituzionalizzati, è testimoniato, infatti, dall'utilizzo di atti concertativi da parte di organizzazioni internazionali che potrebbero avvalersi, invece, di atti normativi « classici » (per il continente europeo si pensi, tra l'altro, all'adozione

del Nuovo Concetto Strategico dell'Alleanza del 1999 da parte del Consiglio atlantico della NATO) (34).

Non potendosi non sottolineare l'identità del periodo storico di genesi della *ex* CSCE e dell'*ex* G7, il parallelismo tra il G8 e la OCSE, parimenti generata da una conferenza poi istituzionalizzatasi attraverso i cd. Seguiti, rivela la comune derivazione di un processo « normativo » da un atto, anche per quest'ultima, a valenza sostanzialmente politica: l'Atto finale di Helsinki (35).

---

(34) Si pensi, in proposito, all'adozione dell'« Atto fondatore ». Esso è pubblicato in francese in *Agence Europe* - Documenti, n. 2037 del 28 maggio 1997. V., sul tema, PH. GAUTIER, *Accord et engagement politique en droit des gens. À propos de l'Acte fondateur sur les relations, la coopération et la sécurite mutuelles entre l 'OTAN et la Fédération de Russie, signé à Paris le 27 mai 1997*, in *Annuaire Français de Droit International*, 1997, pp. 82 ss., A. DI STASI, *L'« Atto fondatore » delle relazioni tra la Russia e la NATO*, in *La NATO nel nuovo ordine euro-centrale-orientale*, in M. PANEBIANCO-C. RISI (a cura di), *Il nuovo diritto dell'Unione Europea*, 1999, Napoli, in part. pp. 179-183 e, inoltre, *Russia and NATO*, « Theses of the Council on Foreign and Defence Policy », 1995, maggio, New York. Significativa, in tal senso, appare l'azione esplicata dal Consiglio europeo, prima extra-pattizia e poi in virtù dell'art. 4 del TUE e, nella recente attualità, lo sviluppo di un euro *soft-law* con riferimento al processo di costituzionalizzazione dei diritti fondamentali nell'Unione europea (Carta dei diritti fondamentali). Per citare un caso extraeuropeo si pensi al SELA (Sistema economico latino-americano) con la sua attività di foro regionale di consultazione e di coordinamento sia nell'ambito degli organismi internazionali che rispetto a singoli paesi e gruppi di paesi.

(35) Sulla CSCE cfr., tra la ricca produzione dottrinale in materia, BINDSCHELDLER R.L., *La Conference sur la sécurité en Europe et le règlement pacifique des différends*, in *Studi Gaetano Morelli. Comunicazioni e Studi*, 1975, n. 14, pp. 101-118; EDWARDS G., *The Conference on Security and Cooperation after ten years*, in *International Relations*, 1985, n. 4, pp. 397-406. Per approfondimenti documentali v. GHEBALI V.Y., *Mesures de confiance de la C.S.C.E.: documents et commentaires*, 1989, New York; TORNETTA V. (a cura di), *Verso l'Europa del 2000: il processo CSCE da Helsinki a Vienna*, in *Quaderni di cultura della pace*, 1989, n. 2, Bari; BARBERINI G., *Codice della Conferenza sulla Sicurezza e la Cooperazione in Europa: CSCE. Documents*, 1990, Napoli; BLOED A. (a cura di), *From Helsinki to Vienna. Basic Documents of the Helsinki Process*, 1990, Dordrecht. V., altresì, più recentemente, SACERDOTI G., *Diritto e istituzioni della nuova Europa*, 1995, Milano. Nella dottrina italiana, tra le più recenti opere monografiche sulla CSCE-OSCE, cfr. BARBERINI G. - RONZITTI N. (a cura di), *La nuova Europa della CSCE*, 1994, Milano nonché GRECO E. (a cura di), *L'Europa senza muri: le sfide della pace fredda (un anno di Presidenza italiana della CSCE)*, 1995, Milano; BARBERINI G., *Sicurezza e cooperazione da Vancouver a Vladivostok*, 1998, Milano. Cfr., inoltre, L.V. FERRARIS, (voce) *Organizzazione per la sicurezza e la cooperazione in Europa (OSCE)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV Aggiornamento, pp. 926-942. Per una prospettiva più

Al tempo stesso evidenzia le diversità tra gli elementi « costitutivi » di quell'ente e quelli caratterizzanti il G8 sia in senso soggettivo che struttural-funzionale.

Infatti sotto il primo profilo la CSCE-OSCE sviluppa la sua *vis* normativa all'interno di una base ampia di Stati fondandosi su di una visione del territorio come spazio e oggetto dell'attività concertativa. Di *contra* il G8, nella sua rappresentanza multicon-

---

ampia di definizione dei caratteri del nuovo ordine pubblico europeo ma, con particolare attenzione al ruolo esplicato dalla OSCE, v. SACERDOTI G., *op. cit*., in particolare i capitoli 1 e 4 ed il paragrafo 1 della selezione bibliografica. Per la letteratura straniera più recente v., per tutti, CHAYES A. (a cura di), *Preventing Conflict in the post Communist World: Mobilizing International and Regional Organizations*, 1996, Washington; GHEBALI V.Y., *L'OSCE Dans l'Europe Post Communiste, 1990-1996: Vers Une Identité Paneuropéenne de Sécurité*, 1996, Bruxelles; KEMP W.A., *The OSCE in a New Context: European Security Towards the Twenty First Century*, 1996, London; GOETSCHEL L., *Von Statisten zum Haumptdarsteller Die Schweiz und ihre OSZE-Presidenschaft*, 1997, Bern; HONG K-J., *The CSCE Regime Formation: An Asian Perspective*, 1997, London; SWITALSKI P., *The OSCE in the European Security System: Chances and Limits*, 1997, Varsavia; TUDYKA K., *Das OSZE-Handbuch*, 1997, Oploden; BOTEW-RONZITTI (eds.), *The OSCE in the Maintenance of Peace and Security*, 1997, The Hague, London, Boston; GHEBALI V.Y., *L'idée de L'identité Paneuropéenne de la CSCE a l'OSCE*, in *Institutions Européennes et Identités Européennes*, 1998, pp. 259-272, ID., *The OSCE Exercise for a Security Model: Towards a Document Charter on European Security*, in *The International Security Review*, 1999, pp. 116-131. Per un'indagine molto approfondita sulla natura giuridica della OSCE che riflette la difficoltà della dottrina di collocarla tra le organizzazioni internazionali di tipo classico cfr. BERTRAND C., *La nature juridique de l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe (OSCE)*, in *RGDIP*, 1998, n. 2, pp. 365-406. Si vedano, inoltre, BARBERINI G. (a cura di), *Dalla CSCE all'OSCE... op. cit*.; ID., *Bibliografia sulla CSCE*, Centro Internazionale di ricerca, Formazione e Documentazione sulla CSCE, 1995, Perugia; BLOED A., *The Organization for Security and Cooperation in Europe: Basic Documents 1993-1995*, 1997, Dordrecht; ROTFELD A.D., *From Helsinki to Lisbon and Beyond: Analysis and Documents of the OSCE, 1973-96*, 1997, Oxford. In generale, per una sintesi sull'attività della OSCE v. SECRETARIAT OF THE ORGANIZATION FOR SECURITY AND COOPERATION IN EUROPE (a cura di), *OSCE Handbook*, 1999, Vienna, III ed. Sull'Atto finale di Helsinki cfr., fra gli altri, e senza alcuna pretesa di completezza: BALANGERO V., *Le convergenze di Helsinki*, in *Relazioni Internazionali*, 1975, pp. 791 ss.; RUSSELL H.S., *The Helsinki Declaration: Brobdingnag or Lilliput*?, in *American Journal of International Law*, 1976, n. 2, pp. 242-272; ARANGIO RUIZ G., *Human Rights and non intervention in the Helsinki Final Act*, in *Recueil des Cours*, 1977, pp. 157-301; FAWCETT J., *The Helsinki Act and International Law*, in *Revue Belge de Droit International*, 1977, n. 1-2, pp. 5-9; van DIJK P., *The Final Act of Helsinki - Basis for a Pan-European System*?, in *Netherland Journal of International Law*, 1980, pp. 97-124.

tinentale di Stati, supera il carattere della contiguità geografica assumendo come presupposto la teoria del territorio-funzione. Inoltre ulteriore elemento differenziale riposa nella stessa composizione dei soggetti dell'attività concertativa: composizione lata ed eterogenea nella CSCE-OSCE (fin dalle origini e ancor più dopo la progressiva inclusione di tutti gli Stati della *magna civitas* europea), composizione — come si è visto — ristretta e sostanzialmente omogenea nel G8 almeno con riferimento al presupposto fondamentale per l'acquisizione della *partnership*.

Sotto il secondo profilo solo la CSCE-OSCE ha subito, a partire dalla Carta di Parigi (1990), un consistente processo di istituzionalizzazione che, pur senza trasformarla in organizzazione internazionale vera e propria, la rende fondata su di un'articolata struttura istituzionale (36).

Istituzionalizzazione che ha costituito, per la verità, il prodotto della composizione di due interessi divergenti: quello degli Stati Uniti e dell'Unione Sovietica prima e della Federazione russa poi, gli uni fautori di una struttura *soft* deistituzionalizzata, gli altri sostenitori dell'opportunità della transizione verso una struttura istituzionalizzata.

Viceversa il G8 continua ad avvalersi di una struttura talmente leggera da non annoverare nemmeno un Segretariato permanente. Invero nel corso della sua venticinquennale evoluzione, non in senso istituzionale ma piuttosto in senso funzionale, si è spesso pensato all'istituzionalizzazione come al mezzo per superare i limiti delle intese informali con un miglior raggiungimento degli obiettivi del Vertice. La sostituzione ad un fascio di interessi individuali di un interesse comune o almeno collettivo dei *partners* avrebbe forse garantito un più agile funzionamento del G7-G8. D'altra parte un'istituzionalizzazione forte (creazione di un'organizzazione internazionale di tipo classico) o debole

---

(36) Sulla Carta di Parigi cfr., tra gli altri, GOMIZ DIAZ P.L., *De la Cooperación Politica Europea a la Cooperación Politica Paneuropea (la Conferencia de la C.S.C.E., Paris, 21 de noviembre de 1990*), in *Revista de Estudios y Investigación de las Comunidades Europeas*, 1990, n. 17, pp. 581-609, ROTH S.J., *The C.S.C.E. « Charter of Paris for a New Europe a New Chapter in the Helsinki Process*, in *Human Rights Law Journal*, 1990, pp. 373-389; SCHLAGE E.B., *The Procedural Framework of the C.S.C.E.: from the Helsinki Consultation to the Paris Charter*, in *Human Rights Law Journal*, 1991, n. 6-7, pp. 221-237. V. il testo della Carta di Parigi in SACERDOTI G., *op. cit*., pp. 253 ss.

(predisposizione di un Segretariato permanente deputato all'assolvimento di competenze tecnico-amministrative) difficilmente sarebbe riuscita a consentire una vincolatività strettamente giuridica in alcuni settori particolarmente delicati dell'attività dei Vertici. All'interno del G8 poi la volontà di rafforzamento istituzionale non costituisce un'esigenza condivisa da parte di tutti gli Stati. Infatti, a fronte di un interesse in tal senso accomunante i quattro Stati non membri del Consiglio di Sicurezza (Giappone, Germania, Italia e Canada), esiste una volontà non coincidente da parte degli Stati che non vi appartengono.

Pertanto la più precisa definizione dei modi in cui i « prodotti » normativi del G8, inquadrabili nella nozione ancora fluida di *jus in stadio nascendi*, rivelino qualche potenzialità di innovazione nelle fonti classiche di produzione del Diritto internazionale non può assumere come parametro di riferimento l'evoluzione soggettivo-istituzionale della CSCE-OSCE. Da un lato, i sicuri effetti giuridici ricollegabili ad atti G8 caratterizzantisi, in ogni caso, per una vincolatività *sui generis*, dall'altro, il ricorso anche da parte di organizzazioni internazionali di tipo classico ad atti « concertativi », sottratti ad un regime di stretta legalità, suggeriscono di avvalersi dei nuovi strumenti di indagine forniti dalla teoria del *soft law* (e sintesi tra quelli desunti dalla Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati ed utilizzati in via analogica e quelli di tipo para-giuridico). Il « *process law concert* », come derivato dall'attività dei vertici, risulta difficilmente configurare un'ulteriore fonte di produzione del Diritto internazionale, intesa in senso formale. Esso invece, a modesto avviso di chi scrive, potrebbe configurarsi quale fonte non indipendente riconducibile pertanto alle fonti indicate nell'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia, ma dotata di un suo *proprium*.

6. L'assenza per il G8, di un trattato istitutivo, definitorio di un apparato istituzionale e organizzativo, fonda il suo funzionamento su di un complesso di regole non scritte disciplinanti il concreto operare del Gruppo.

Come è noto, a partire dal 1975, il G7-G8 ha tenuto una riunione annuale « generale » dei Capi di Stato e di Governo, accompagnata da una sorta di riunioni tematiche su temi specifi-

ci. I ministri degli esteri hanno sempre accompagnato i loro *leaders* nel *Summit* annuale riunendosi con essi e poi separatamente. A partire dal 1998 il meeting dei ministri degli esteri, come parte del *Summit* annuale, è stato separato dalle sessioni dei *leaders* in senso non solo fisico ma anche spazio-temporale tenendosi in una città differente nel paese ospitante ed una settimana prima della Riunione dei Capi di Stato e di Governo.

La struttura organizzativa del G8 risulta, poi, arricchita da un gruppo di esperti -o *sherpa*- (37) rappresentanti « personali » dei leaders cui è affidato il compito di seguire le attività di *follow up* e di preparare il vertice successivo. A loro volta essi si avvalgono della collaborazione di almeno due funzionari specializzati, scelti in ragione delle problematiche oggetto di maggiore interesse nel vertice.

La posizione dei tecnici rispetto ai Capi di Stato e di Governo può essere più o meno assorbente. Sotto il primo profilo essi esplicano un lavoro preliminare rispetto alla riunione che finisce per costituire il vero momento topico della concentrazione. Sotto il secondo profilo essi svolgono un'attività che consenta a ciascuno dei *leaders* di conoscere, in maniera informale, le opinioni degli altri *partners* ma di negoziare, in modo assolutamente libero, il testo della dichiarazione finale, in occasione della riunione al vertice. In un senso o nell'altro emerge come la riunione al vertice costituisca il momento culminante di un più ampio processo articolato in vari fasi precedenti e successive.

Tale strutturazione del vertice si allontana, invero, dal disegno concepito dal presidente francese Giscard d'Estaing e mutuato dalla felice esperienza degli incontri confidenziali tra ministri degli esteri sviluppata nel quadro del cd. Gruppo della Biblioteca. L'impostazione originaria si fondava, infatti, su uno schema operativo molto lineare, incentrato sulla riunione dei *leaders* con esclusione dell'apparato burocratico e il supporto di un unico rappresentante personale del Capo di Stato o di Governo per la preparazione del programma. L'informalità, intesa come ricerca della discussione diretta tra i *leaders*, si accompagnava alla flessibilità, quale mancanza di periodizzazione delle riunioni al vertice. Come è venuta meno, a partire dal vertice di Toronto

(37) Il ricorso a tale denominazione viene generalmente attribuito al britannico Sir Kenneth Couzens.

(1988), la flessibilità, con la regolarità annuale delle riunioni e la transizione del G7 dallo *status* di conferenza occasionale in periodica, parimenti la creazione di una articolata rete di strutture, collegate al *Summit* e rivolte ad esplicare una parte delle sue funzioni, si è tradotta nella perdita dell'informalità originaria. Informalità o semi-informalità originarie, invero, sempre auspicate, nella prospettiva di una ricercata semplificazione dei *Summits*, come si sottolinea nella sezione finale della Dichiarazione economica del Vertice di Napoli (1994).

7. L'analisi delle competenze del G8, in assenza di un'attribuzione delle stesse in senso formale, non può non derivare da una verifica *ex post* dei contenuti dell'attività concertativa: il Comunicato finale.

Dal Vertice di Denver (1997) in poi scompare la bipartizione di quest'ultimo in Dichiarazione politica ed economica ed esso risulta unico con una strutturazione in temi sociali ed economici (Denver) o con una più composita articolazione (a partire dal vertice di Birmingham del 1998).

Un'analisi comparata dell'Introduzione o del Preambolo (come con terminologia diversa essi vengono denominati) al Comunicato finale rivela un'attenzione prioritaria conferita ad alcuni temi.

In primo luogo quello della globalizzazione inteso come « complex process involving rapid and increasing flows of ideas, capital, technology and service around the world » (così Comunicato di Colonia, 1999): « increasing globalisation » (Comunicato di Birmingham) o « ever-intensifying globalisation » (Comunicato di Okinawa, 2000). Globalizzazione dell'intera esperienza umana, sintesi di istituzionalizzazione e permanente statualità, di autorità e di libertà, di accentramento e di decentramento nella prospettiva di un nuovo universalismo e mondialismo internazionale. Universalismo e mondialismo che non possono prescindere dal coinvolgimento nel processo di globalizzazione, per sua definizione incapace di frontiere, del maggior numero di Stati, compresi quelli in transizione o in via di sviluppo (38). Globaliz-

(38) Cfr. G. CHO, *Global Interdependence and the Developing Economies*, in BREAN H.L. e BUTRIN T.S. (eds.), *Vanishing Borders*, Aldershot, 1998, p. 15 ss.

zazione che, nell'« apertura o coesistenza delle sfere di sovranità nazionale » (39), in luogo del loro superamento, risulta foriera di forti potenzialità positive ma anche negative rispetto all'obiettivo generale del rafforzamento della pace e sicurezza internazionale.

Pace e sicurezza interrelate allo sviluppo sostenibile (Comunicato di Denver, di Okinawa, di Genova), al progresso sociale (Comunicato di Okinawa) alla lotta alla povertà ed alle malattie (comunicato di Genova) e che risultano imprescindibili dal rafforzamento della democrazia, dei diritti umani, della prevenzione dei conflitti e della lotta alla criminalità transnazionale organizzata.

Un set di obiettivi e principi informanti l'azione concertativa esplicata dai Vertici che, nel conformarsi al triangolo onusiano delineato rispettivamente nelle Agende per la pace, per lo sviluppo e per la democratizzazione (40), ne conferma la sempre crescente vocazione polifunzionale in luogo della competenza prima solo monofunzionale (economico-monetaria) e poi bifunzionale (economico-politica). Una polifunzionalità come effetto, invero, della recezione, anche in ambito G8, della trasformazione del regime oggettivo della sicurezza internazionale con le sue ricadute nella strutturazione delle nuove « security communities » (41).

Come è noto, nel quadro di una continua specificazione in senso materiale e spazio-temporale di valori per sé non assoluti quali la pace e la sicurezza internazionale, la nozione, geneticamente ambigua ed indeterminata, coniata in seno alle NU con l'art. 39, ha progressivamente subito un'interpretazione lata tesa ad enfatizzare le componenti, per così dire, stutturali della pace. Nella pratica recente di un Consiglio di Sicurezza, sempre più coinvolto come attore nella tutela dei diritti umani (42), essa è

---

(39) Così L. FORLATI, in *Introduzione* agli Atti del Convegno « Situazione e destino della doppia cittadinanza », Treviso, 2000, p. 9.

(40) Le tre Agende sono pubblicate in *Boutros-Boutros Ghali Amicorum Discipulorumque Liber*, 1998, Bruxelles.

(41) V., sul tema, E. ADLER e M. BARNETT (eds.), *Security Communities*, Cambridge, 2000.

(42) B. BOUTROS GHALI nel *New York Times* del 30 ottobre 1994 così si è riferito a tale fenomeno: « Nous assistons à une modification radicale de la menace contre la paix et la sécurité internationales... Le Nations Unies ont inventé le concept de maintien de la paix. Or, le rôle qu'elles remplissent maintenant dépasse

stata dilatata poi fino a ricomprendervi ogni conflitto interno ed ogni situazione di « pericolo » umanitario, inteso come minaccia, in senso lato, al godimento dei fondamentali diritti umani (43). La stessa nozione di sicurezza collettiva a carattere militare, originariamente acquisita nella Carta e sviluppata nei capi VI e VII ha ricompreso, nel suo alveo, quelle componenti di natura politica, economica ed umanitaria già presenti tra le finalità dell'ONU (art. 1 par. 2 e 3). Il tutto sulla base dell'acquisizione, anche da parte del Consiglio di Sicurezza, già nei primi anni 90, che le fonti non-militari d'instabilità (nei settori economici, sociali, umanitari ed ecologici) « have become threats to peace and security » (44).

Inoltre non risulta ininfluente la precisazione della nozione di non intervento negli affari interni e di competenza domestica. Concetto quest'ultimo elastico, previsto nell'art. 2 par. 7 della Carta ove risulta ancorato al requisito dell'essenzialità e sostanzialmente riconfermato nel principio VI dell'Atto di Helsinki salvo l'inciso « quali che siano le loro relazioni reciproche », ha subito una continua opera di ridefinizione in senso restrittivo (fino al punto di escludere i diritti umani dal dominio riservato) (45) con inevitabili ricadute sulla modifica dell'ambito oggettivo della sicurezza (46).

Questa crescente fluidità dello spartiacque tra *volet* politi-

---

largement ce concept ». Cfr., tra tutti V. ABELLÁN HONRUBIA, *La ampliación del concepto de mantenimiento de la paz y seguridad internacional por el Consejo de Seguridad de las O.N.U.*, in *Hacia un nuevo ordén internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Manvel Diez de Yelasco*, 1993, Madrid, pp. 3-18.

(43) Cfr. O. BILLS, *International Human Right and Humunitarian Intervention. The Ramifications of Reform on the United Nations' Security Council*, in *Texas International Law Journal*, 1996, n. 1, pp. 107-130, in part. pp. 110-114; V. MAGAGNI, *L'adozione di misure coercitive a tutela dei diritti umani nella prassi del Consiglio di Sicurezza*, in *Comunicazioni e studi*, 1997, p. 654 ss.

(44) V. *New York Times*, 1 febbraio 1992, sec. A, p. 4.

(45) B. CONFORTI in *Le Nazioni Unite*, 1994, Padova, a p. 147 afferma: « Il limite della *domestic jurisdiction* è venuto definitivamente meno per quanto riguarda i diritti umani ».

Come è noto l'art. 2 par. 7 dello Statuto delle Nazioni Unite prevede: « Nessuna disposizione del presente Statuto autorizza le Nazioni Unite ad intervenire in questioni che appartengano *essenzialmente* alla competenza interna di uno Stato ». Il principio VI dell'Atto di Helsinki in maniera più articolata recita: « Gli Stati partecipanti si astengono da ogni intervento, diretto o indiretto, individuale o collettivo, negli affari interni o esterni che rientrino nella competenza interna di un

co-militare ed economico-commerciale (47) non poteva rimanere, invero, privo di rilevanza all'interno degli enti o organizzazioni internazionali, frequentemente tendenti a transitare da forme d'integrazione settoriale a forme d'integrazione lata o pluri-settoriale. In generale in essi si è venuto a creare un rapporto quasi sinallagmatico tra mantenimento della pace, come comprensiva del più generale rispetto delle norme di Diritto internazionale pubblico, e sicurezza economica degli Stati. Il dinamismo degli scambi, collocato all'interno di un processo di interdipendenze multiple, ha comportato la creazione di giganteschi poli economici che trasferiscono in sede regionale quei compiti di liberalizzazione prima esercitati dagli Stati *uti singuli*. Un sistema di tipo oligopolistico, fondato su grandi spazi organizzati (UE, NAFTA, APEC) o in via di formazione (lo spazio economico della C.S.I) che, sebbene informati ad assimilabili regimi normativi, non risultano immuni da fattori di instabilità sia *intra* che *extra* area. Né, peraltro, il rafforzamento della gestione accentrata dell'ordine economico internazionale attraverso l'istituzione dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) ed il perfeziona-

---

altro Stato partecipante, quali che siano le loro relazioni reciproche. Essi si astengono di conseguenza da qualsiasi forma di intervento armato o minaccia di tale intervento contro un altro Stato partecipante. Essi si astengono parimenti, in ogni circostanza, da qualsiasi altro atto di coercizione militare, politica, economica o di altro genere inteso a subordinare ai propri interessi l'esercizio da parte di un altro Stato partecipante dei diritti inerenti alla sua sovranità e assicurarsi in tal modo vantaggi di qualsiasi genere. Di conseguenza, si astengono fra l'altro dall'assistenza diretta o indiretta ad attività terroristiche o ad attività sovversive o di altro genere volte a rovesciare con la violenza il regime di un altro Stato partecipante ». V., in dottrina, tra gli altri, L. HENKIN, *Human Rights and « Domestic Jurisdiction »*, in T. BUERGENTHAL (ed.), *Human Rights, International Law and the Helsinki Accord*, 1977 e M.J. BOSSUYTS, *Human Rights and Non-intervention in Domestic Matters*, in *International Common Jurists Review*, 1980, n. 45, pp. 43-50; G. ARANGIO RUIZ, *Le domaine réservé*, in *Recueil des Cours*, 1990, n. VI, p. 1 ss. In dottrina cfr., fra gli altri, e senza alcuna pretesa di completezza: V. BALANGERO, *op. cit.*; H.S. RUSSELL, *op. cit.*; G. ARANGIO RUIZ, *op. cit.*; J. FAWCETT, *op. cit.*; P. VAN DIJK, *op. cit.*. Sulle attività prodromiche alla firma dell'Atto di Helsinki che, come è noto, rappresentò la conclusione di tre cicli di negoziazioni (a partire dalla prima riunione del 3 luglio 73 tenuta ad Helsinki) v. L.V. FERRARIS (a cura di), *Testimonianze di un negoziato: Helsinki-Ginevra-Helsinki*, 1977, Padova.

(46) Ci permettiamo di rinviare, sul tema, ad A. DI STASI, *Diritti umani e sicurezza regionale*, Napoli, 2000, parte I, cap. II.

(47) ID., *Considerazioni introduttive*, par. 2.

mento del sistema di soluzione delle controversie commerciali tra Stati, elimina *in nuce* le potenzialità di crisi del sistema economico internazionale. Esso risulta, infatti, sempre più vulnerabile per effetto dei comportamenti di attori (come le imprese multinazionali) non coincidenti con i soggetti del Diritto intemazionale.

La sicurezza internazionale risulta poi sempre più collegata alla salvaguardia di alcuni diritti sociali e culturali la cui implementazione non è strettamente conseguenziale allo sviluppo dei diritti economici. I movimenti internazionali di capitali, la crescente integrazione dei mercati finanziari e, soprattutto, la delocalizzazione produttiva in alcuni paesi in via di sviluppo con costi inferiori e vantaggi comparati possono passare, infatti, anche attraverso la violazione degli *standards* fondamentali in materia di lavoro (48). In particolare la globalizzazione della produzione nei paesi di nuova industrializzazione (NICs), nel delegittimare i sistemi statali di protezione dei diritti umani, non è in grado, talvolta, di sostituirli con nuovi sistemi idonei alla salvaguardia dei diritti sociali e culturali.

Una sicurezza che, quindi, smarrita la sua matrice politico-militare, ne ritrova una multiforme connotandosi come sicurezza economico-commerciale, sociale, culturale, politica *tout court*.

Non poteva, evidentemente, tale mutato regime della sicurezza rimanere privo di effetti sull'ampliamento delle competenze di un ente come il G8 nel quale l'assenza di un trattato istitutivo, come è proprio delle organizzazioni internazionali di tipo classico, avrebbe reso più agevole tale processo. La connotazione *ab origine* della sua agenda come flessibile avrebbe consentito, infatti, l'inclusione in essa di qualsiasi tema, volta per volta, ritenuto rilevante sulla base di priorità dettate dall'attualità internazionale e/o ritenuto meritevole di attenzione da parte della Presidenza di turno. Da propulsore dell'attività economica mondiale (Bonn 1978), a *frenatore* dei consumi energetici (Tokyo 1979 - Venezia 1980), a *pompiere* nella crisi del debito dei Paesi dell'America Latina (Williamsburg, 1983), a *stabilizzatore* dei mercati dei cambi (Versailles, 1982 - Tokyo, 1983), a *promotore* di nuovi rapporti politici ed economici con i Paesi dell'Europa

---

(48) V., per tutti, W. SENGENBERGER e D. CAMPBELL (eds.), *International Labour Standards and Economic Interdependence*, 1994, Ginevra.

centrale ed orientale, a *regolatore* dei parametri di convergenza e di divergenza all'interno degli Stati e delle aree economiche ottimali nel decennio degli anni 90 (49). Si è verificata così un'evoluzione pressoché costante delle finalità della riunione con l'aggiunta, accanto agli obiettivi prevalentemente economici, propri della prima fase di attività (a partire dalla riunione di Rambouillet), di nuovi e più diversificati obiettivi anche di carattere non economico e, più propriamente, politici fino all'individuazione di una competenza del G8 nella salvaguardia della sicurezza umana (50). Se l'esperienza di un vertice solo politico, a partecipazione ultra-ristretta (USA, Francia, Regno Unito, Germania Federale), come quello tenutosi nel 1979 nella Guadalupa aveva costituito un'esperienza unica ed irripetibile, nondimeno, a partire dal vertice di Venezia, il contenuto delle riunioni ha cominciato ad includere anche i temi politici sulla base delle priorità dell'attualità internazionale. Inoltre, e sia pure in casi circoscritti, il G7-G8 ha esplicato una funzione di tipo conciliativo-risolutiva di controversie internazionali (Bosnia e Kossovo). L'oggetto delle Dichiarazioni finali, a fronte della perdurante qualificazione del vertice come economico, tende così progressivamente a rilevare un'attenzione al perseguimento di obiettivi implicanti, altresì, un'emergente responsabilità nel campo del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale con una crescente attitudine, da parte del G8, a giocare un ruolo attivo nel suo mantenimento, come ha dimostrato nella primavera del 1999 con riferimento alla predisposizione di un piano di pace per la soluzione della crisi del Kossovo.

La duttilità e l'immediata recezione, nell'Agenda dei Vertici, dei nuovi *topics* della sicurezza internazionale, nel rendere particolarmente *living* i Comunicati finali, ha consentito al G7-G8 di essere sempre più fattore di *global governance*.

7. Un fattore di *global governance* si traduce, altresì, in un « attore » di *global policy* che, in ragione della selettività ed

(49) Si pensi ai criteri di convergenza e divergenza contenuti nel Trattato di Maastricht in tema di U.E.M.

(50) V. par. 3 del Comunicato della Riunione dei ministri degli esteri tenuto a Gürzenich/Cologne il 10 giugno 1999.

esclusività della *membership* potrebbe assurgere a direttorio *de facto*. Tuttavia la rappresentazione verticistica del G8, che incontra il limite fondamentale dell'assenza di legittimazione globale, a ben vedere, risulta sostituibile con una più articolata configurazione dello stesso. Il ruolo del Gruppo degli Otto si connota infatti per una valenza di supporto o di *subsidium* rispetto all'azione esplicata dalle organizzazioni internazionali economico-politiche facendolo configurare come *under-institution*. Anche l'emergente responsabilità politica assunta dal G8 nella gestione della pace e della sicurezza internazionale non è sostitutiva o alternativa rispetto alle competenze attribuite al Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite dallo Statuto e fondate, oggi, su di una legittimazione ormai universale. Viceversa una responsabilità solo complementare, come risposta al *deficit* di rappresentatività, di effettività e di *decision making* dell'organo al quale gli Stati membri hanno attribuito « la responsabilità principale del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale » (art. 24 dello Statuto delle Nazioni Unite), e, in certo senso, di rafforzamento del sistema di sicurezza global-collettivo (51).

Come è noto il Comunicato finale di Rambouillet, avvalendosi di una sorta di meccanismo di rinvio, faceva riferimento alle organizzazioni internazionali come a sedi privilegiate in cui sviluppare i problemi trattati nei Vertici. Nella prassi operativa di un lasso temporale ormai significativo, i Vertici non hanno assunto ruoli di delegittimazione o di marginalizzazione delle funzioni esplicate dalle altre organizzazioni internazionali. L'attività di Vertice si è, invece, inserita in un *continuum* determinato dall'azione di queste nei vari fori competenti e la non alternatività tra i differenti piani di intervento è stata testimoniata da molte-

(51) V. W. KÜHNE e P. JOCHEN, *The Security Council and the G8 in the New Millennium: Who Is in Charge of International Peace and Security?* 5th International Workshop, Berlin, June 30-July 1, 2000. Ebenhausen, Germany: Stiftung Wissenschaft und Politik, 2000. Cfr., tra gli altri, per la dottrina italiana, fra tutti, DEL VECCHIO A., *Consiglio di Sicurezza ed organizzazioni internazionali regionali nel mantenimento della pace*, in *La Comunità internazionale*, 1995, pp. 229 ss. Per la dottrina straniera v., fra tutti, DAWS S. e RYAN N., *Global and Regional Security Compatibility in the 1990s: Extending Mechanism for Cooperation between the UN and Regional Bodies in Preventive Diplomacy and Conflict Management*, in *Prospects for Reform of the (United Nation System*, Convegno internazionale di Roma, 5-6 maggio 1992, SIOI, 1993, Padova, pp. 203-218.

plici momenti di coordinamento e da un ripetuto richiamo, nel linguaggio dei Comunicati finali, all'azione delle Nazioni Unite e delle altre organizzazioni internazionali (52).

In un sistema mondiale *multilevel* è la stessa molteplicità di livelli a giustificare la nascita e la permanenza di un ente che non si sostituisca ai soggetti classici del Diritto internazionale (Stati ed organizzazioni internazionali), produttori e destinatari di norme ma ne complementi o integri l'azione attraverso un ruolo di *sussidiarietà globale*.

Il principio di sussidiarietà, inteso tradizionalmente come spartiacque tra centro e periferia, nel quadro della visione di un federalismo classico o spartitorio o di distribuzione di competenze, diventa, invece, elemento di « allacciamento » intersistemico di tali ambiti nel sistema mondiale globale.

Ne deriva una sussidiarietà globale esplicata da un ente che, per questa via, recupera legittimità democratica contribuendo alla *global policy* come un club di servizio.

Come è noto il principio di sussidiarietà trova un'applicazione crescente nella distribuzione delle competenze all'interno dello Stato ed all'interno delle organizzazioni di integrazione fondata sulla riconosciuta « sub-ottimalità » del livello di azione più vicino ai fruitori del servizio. Il G8 non si identifica né con l'ente Stato, *uti singulus*, né con l'ente organizzazione internazionale, *uti universus*, ma si pone in posizione di medietà tra il livello statuale e quello internazionale. È proprio questa posizione mediale del Raggruppamento che gli consente altresì di esplicare un ulteriore ruolo interno-esterno al Gruppo: quello di canalizzazione delle condotte degli Stati leaders del sistema mondiale all'interno di più o meno intensi processi di polarizzazione.

Tra globalizzazione e frammentazione, come dinamiche opposte del sistema delle relazioni internazionali, si colloca, infatti, il complesso processo di polarizzazione dell'ordine mondiale intorno ad alcune « potenze » medio-grandi che, in ragione della condivisione di un comune set di principi e valori informatori della coesistenza interstatuale, diventano soggetti propulsori di più o meno intensi processi di integrazione. Il « polo », nell'eser-

---

(52) Per una visione critica dell'effetto dei Vertici sulle organizzazioni internazionali v. J.R. SCHAETZEL e H.B. MALMGREN, *Talking Heads*, in *Foreign Policy*, 1980, estate, pp. 130-142.

cizio di una azione attrattiva-propulsiva, trascende la dimensione meramente economica o mercantile dell'integrazione e si atteggia quale spazio particolare integrato in cui sovente ad un'integrazione funzionale e settoriale si accompagnano forme di cooperazione più ampie. La polarizzazione concretizza, in ogni caso, un oligopolio inteso come concentrazione del potere di decisione economica (e del correlato potere di indirizzo politico internazionale vista la dipendenza del secondo dal primo) in una pluralità — sia pure numericamente contenuta — di aree gravitazionali non più limitate, per il Nord del mondo, ai sub-continenti europeo e nord-americano (Unione europea e NAFTA) ma allargate all'area dell'Asia-Pacifico (APEC) (53). Ma se i Paesi di maggiore industrializzazione si ritrovano in tale sistema polarizzato, nondimeno, anche nel cd. emisfero Sud vanno consolidandosi esperienze d'integrazione e di cooperazione, in parte emulative, in parte complementari, in parte alternative rispetto a quelle del Nord del mondo (SACU, ASEAN, MERCOSUR) (54).

La polarizzazione intorno ad alcuni Stati reca in sé il pericolo della disgregazione del sistema mondiale e, in tal senso, evoca lo spettro della frammentazione e della disgregazione nazional-regionalista ma, nello stesso tempo, se gli Stati si muovono all'interno di raggruppamenti o organizzazioni regionali « aperte », può presentare una valenza aggregativa.

Il G7, quale foro di concertazione macro-economica dei principali attori economici mondiali (potenze industrializzate, poli economici gravitanti intorno ad esse e, attraverso l'apertura degli spazi economici, paesi di minore o insufficiente sviluppo), si è mosso nella direzione di indirizzare e coordinare le politiche di stabilizzazione dell'intera area economica del Nord del mondo favorendo lo sviluppo di aree economiche ottimali, intese come spazi giuridico-economici senza frontiere interne e costruiti secondo i dettami della teoria dell'integrazione economica.

---

(53) Ci permettiamo di rinviare ad A. Di Stasi, *Ordine economico mondiale e grandi spazi organizzati: NAFTA, Unione europea, APEC*, in M. Panebianco - A. Lamberti - A. Di Stasi, *op. cit.*, pp. 143-218.

(54) Parimenti ci permettiamo di rinviare ad A. Di Stasi, *I « poli » del Sud: MERCOSUR, SACU, ASEAN*, in M. Panebianco - A. Lamberti - A. Di Stasi, *op. cit.*, pp. 343-378. Per un contributo recente v. A. Anghie, *Time present and time past: Globalization, international financial institutions and the third world*, in *International Law and Politics*, 2000, n. 2, pp. 243 ss.

Il G8, come foro di concertazione multifunzionale, può giocare un ruolo fondamentale nella costruzione di un nuovo ordine internazionale. Un ordine internazionale che, espressione di una sussidiarietà globale, non potrà non fondarsi su tre criteri guida: efficacia, globalità ed equità ponendosi, pertanto, come prospettiva valida a dissipare preoccupazioni e dubbi circa la sua reale « fedeltà » istituzionale rispetto alle regole informatrici del complesso delle *interlocking institutions* dell'attuale sistema mondiale.

XIV.

UNA POLITICA AMBIENTALE PER IL MERCOSUR? LUCI ED OMBRE DI UNO SVILUPPO INCERTO

DI

ROBERTA GARABELLO

Assegnista di ricerca nell'Università degli Studi di Milano-Bicocca

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Il Mercosur. — 3. La tutela dell'ambiente in America Latina: breve panorama. — 4. Genesi e sviluppi della competenza ambientale del Mercosur. — 5. (*Segue*): contenuto della politica ambientale del Mercosur. — 6. (*Segue*): le relazioni esterne del Mercosur in materia ambientale. — 7. Uno strumento giuridico vincolante in materia ambientale per il Mercosur. — 8. Conclusioni e Allegati.

1. Nel giugno del 2001 è stato adottato dal Consiglio Mercato Comune del Mercosur un Accordo Quadro in materia ambientale. Esso è il risultato di ormai cinque anni di negoziati tra gli Stati membri dell'organizzazione, durante i quali è mancato il consenso per l'adozione di uno strumento realmente efficace per la tutela dell'ambiente e lo sviluppo di un'effettiva politica ambientale del Mercosur. Il presente lavoro intende illustrare gli sviluppi della tematica ambientale all'interno dell'organizzazione latino-americana, considerando che il trattamento di questo tema da parte delle organizzazioni regionali costituisce spesso una verifica significativa dello sviluppo delle stesse e del grado di integrazione raggiunto. Si mostrerà come, a differenza di altre organizzazioni, nel Mercosur la competenza ambientale abbia avuto una genesi e uno sviluppo difficoltosi e come tuttora essa sia caratterizzata da una prevalente settorializzazione e da un'insufficiente integrazione, caratteristiche almeno in parte giustificabili alla luce dello stadio di sviluppo socio-economico degli Stati membri.

2. Il Mercosur — *Mercado Común del Sur* — è un'organizzazione d'integrazione regionale che trae origine dal Trattato di Asunción del 26 marzo 1991 (entrato in vigore il 29 novembre dello stesso anno) tra Argentina, Brasile, Paraguay e Uru-

---

Lavoro svolto nell'ambito della ricerca « *La tutela dell'ambiente nel Mercosur* » (progetto Giovani Ricercatori, co-finanziato dal MURST e dall'Università di Milano-Bicocca).

guay (1). A partire dal 1° gennaio 1995 il Mercosur costituisce un'unione doganale, essendo a quella data entrata in vigore una tariffa esterna comune ai quattro Paesi (2). Dal punto di vista economico, il Mercosur in quanto blocco regionale si colloca tra le quattro maggiori economie del mondo, dopo il Nafta, l'Unione europea e il Giappone.

Il Mercosur comprende un territorio di quasi 12 milioni di chilometri quadrati (3), 208 milioni di abitanti (4) e una delle principali riserve di risorse naturali dell'intero pianeta. Al suo interno sono evidenti tanto lo squilibrio geografico, quanto quello economico tra i quattro Stati (5).

La storia recente di questi paesi è stata segnata da esperienze di natura dittatoriale, che negli ultimi anni, in parallelo con

---

(1) *International Legal Materials* (in seguito: *ILM*), 1991, p. 1041. Sul contenuto del Trattato di Asunción, cfr.: MOYA DOMÍNGUEZ, *El Tratado del Mercado Común del Sur (Mercosur)*, in *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 1992-93, p. 201; BARROS CHARLIN, *Capacidades legales-institucionales para la integración*, in *La Integración Regional en América Latina y Europa: Objetivos Estratégicos y Refuerzo de las Capacidades de Respuesta*, pubblicazione CEFIR (Centro de Formación para la Integración Regional), n. 3/93; ZALADA CASTEDO, *Competencias Legales y Toma de Decisiones en la Integración en América Latina*, in *Los Desafíos de la Integración: Capacidades de Respuestas a Nivel Gerencial, Legal, Istitucional*, publicazione CEFIR, n. 9/93; EKMEKDJIAN, *Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano (con especial referencia al Mercosur)*, Buenos Aires, 1994; GROS ESPIELL, *Naturaleza jurídica del Tratado de Asunción y de sus protocolos*, in *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 1996-97, p. 127; MANGAS MARTÍN, *Unión europea y Mercosur: perspectivas jurídico-institucional y política*, *ibidem*, p. 77; BORBA CASELLA, *Legal Features and Institutional Perspectives for the Mercosur: The Common Market of the South after the End of the Transitional Period*, in *Verfassung and Recht in Übersee*, 1997, p. 523.

(2) L'unione doganale sarà tuttavia effettivamente completata solo nel 2006.

(3) Circa 4 volte la superficie dell'Unione europea. Il Mercosur rappresenta il 70% del territorio dell'America Latina.

(4) Il 43% dell'intera popolazione dell'America Latina.

(5) Il Brasile ha una superficie di 8 milioni e 500 mila chilometri quadrati; l'Argentina di 2 milioni e 800 mila; il Paraguay di 406 mila; l'Uruguay di 187 mila. La ripartizione della popolazione è, rispettivamente, la seguente: 164,4 milioni, 35 milioni, 5,1 milioni e 3,2 milioni. Il peso economico è altrettanto asimmetrico: nel 1999 il PIL di Brasile e Argentina costituiva, insieme, circa il 97% del PIL dell'area e le loro esportazioni il 97% del totale dell'area. Sulle differenze strutturali tra gli Stati membri del Mercosur cfr. TORRES, *Mercosur, los desequilibrios regionales y la demanda que hoy plantea el nordeste argentino*, in DRNAS DE CLÉMENT & REY CARO (ed.), *Jornadas de reflexión sobre regionalización y Mercosur*, Cordoba, 2000, p. 78, in particolare p. 81.

l'istituzione e il rafforzamento del Mercosur, hanno lasciato il posto a sviluppi di tipo democratico. Tra i due processi (integrazione e democratizzazione) si è venuta a creare una relazione biunivoca: un'esperienza come il Mercosur sarebbe stata impossibile senza l'apertura democratica dei suoi Stati membri e, nello stesso tempo, essa costituisce quasi certamente un elemento determinante del consolidamento democratico (6), così come affermato in alcune dichiarazioni dei capi di Stato dei Paesi del Mercosur (7).

---

(6) Da questo punto di vista può registrarsi una differenza rispetto alle Comunità europee. Queste erano state istituite con l'obiettivo di favorire la pace, piuttosto che la democrazia, tra gli Stati membri. Il rispetto del principio democratico è da sempre stato considerato un prerequisito per l'adesione alle Comunità e non un fine (implicito o esplicito) da raggiungere attraverso l'integrazione. Si tratta della cosiddetta dottrina di Carlo Magno, in base alla quale, ad esempio, Spagna, Portogallo e Grecia hanno potuto entrare a far parte delle Comunità solo dopo la restaurazione dei governi democratici. La condizione del rispetto del principio democratico è ora stata formalmente inserita nel Trattato sull'Unione europea, così come modificato ad Amsterdam nel 1997, all'art. 49, relativo appunto alle nuove adesioni.

(7) La *Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el Mercosur*, adottata a Potrero de Los Funes, il 25 giugno 1996 in occasione del X vertice dei Presidenti del Mercosur (in *Boletim de Integracão Latino-americana* — in seguito: *BILA* — n. 18, gennaio-giugno 1996), sancisce che: « *La plena vigencia de las instituciones democráticas es condición esencial para la cooperación en el ambito del Tratado de Asunción, sus Protocolos y demás actos subsidiarios. Toda alteración del orden democrático constituye un ostáculo inaceptable para la continuidad del proceso de integración en curso respecto al Estado miembro afectado* » (artt. 1 e 2). Tale dichiarazione, sottoscritta anche da Cile e Bolivia, Stati associati al Mercosur, prevede anche un meccanismo per far fronte all'eventuale violazione della democrazia in uno Stato membro del Mercosur. Questo meccanismo verrà ulteriormente elaborato dal *Protocolo de Ushuaia sobre compromiso democrático en el Mercosur, la República de Bolivia y la República de Chile*, protocollo al Trattato istitutivo del Mercosur, firmato dai Capi di Stato dei sei paesi il 24 luglio 1998 (in *BILA*, n. 22, gennaio-luglio 1998). Il Protocollo prevede che in caso di rottura dell'ordine democratico in uno degli Stati parte, gli Stati dapprima inizino una fase di consultazioni ed eventualmente adottino delle sanzioni nei confronti dello Stato in questione (sospensione della partecipazione in seno agli organi dei rispettivi processi di integrazione, sospensione di diritti e obblighi derivanti da tali processi, ecc.). Una prima, parziale, applicazione dei principi contenuti in queste dichiarazioni e protocolli, si è avuta nel giugno del 1999, quando, successivamente agli atti terroristici che in Paraguay avevano portato alla morte del vice-presidente, i Presidenti del Mercosur adottarono la *Declaración de apoyo a la democracia paraguaya y a su proceso de normalización y fortalecimiento institucional* (Asunción, 15 giugno 1999, in

Il Mercosur costituisce uno dei più recenti tentativi di integrazione del continente sudamericano — e forse fino ad ora il più riuscito (8). Molto numerosi erano stati i tentativi compiuti nel passato di dare vita a forme diverse di integrazione regionale o sub-regionale in America Latina (9); lo stesso Mercosur è soltanto l'ultima, consolidata tappa di un lungo processo iniziato ben prima del 1991 (10).

Il Trattato di Asunción del 1991 nasce come sviluppo di un ambizioso progetto di cooperazione tra Argentina e Brasile, avviato nel decennio precedente sulla spinta di tre fattori principali: il superamento delle divergenze geopolitiche bilaterali, il ritorno al regime democratico nei due paesi e la crisi del sistema eco-

---

BILA, n. 24, gennaio-giugno 1999), nella quale si condanna energicamente il ricorso alla violenza terroristica e si appoggia lo sforzo del Paraguay nella difesa dello Stato di diritto e della democrazia. Si ricorderà anche la *Declaración política del Mercosur, Bolivia y Chile como zona de paz*, adottata dal XIV vertice dei presidenti del Mercosur, il 24 luglio 1999 a Ushuaia (in *BILA*, n. 22, gennaio-luglio 1998), nella quale si afferma che anche la pace, come la democrazia, è un elemento essenziale per la continuazione del processo di integrazione del Mercosur.

(8) Tra il 1991 e il 1997 il commercio intraregionale del Mercosur è cresciuto del 312% e nel 1999 esso costituiva più del 20% del totale degli scambi degli Stati membri (fonte: Ministero degli esteri del Brasile, cfr. la pagina *web*: *http://www.mre.gov.br/mercosul/Mercosul.htm*).

(9) Cfr. ALÁ RUÉ & LAVERGNE, *Antecedentes y perspectivas del Mercosur*, Buenos Aires, 1992. Addirittura già prima del processo di indipendenza politica, nel 1797, il venezuelano Francisco Miranda propugnava l'idea di « un'unione americana », proposta ripresa, con alcune varianti, da altri contemporanei. Nel 1822, Simón Bolivar, Presidente della Grande Colombia, invitava i governi di Messico, Perù, Cile e Buenos Aires a unirsi in un'assemblea rappresentativa con sede a Panama al fine di creare una « confederazione perpetua ». Simili tentativi continuarono lungo tutto l'800 e i primi del '900.

(10) Si pensi all'Associazione di Libero Scambio Latino-Americana, istituita nel 1960 e sostituita nel 1980 dall'Associazione di Integrazione Latino-Americana (tuttora in vigore); al Patto Andino del 1969; al Sistema Economico Latino-Americano del 1975, ecc. È stato osservato in dottrina che l'integrazione in America Latina ha costituito un processo disordinato, non lineare cronologicamente, con diverse iniziative che si sono parzialmente sovrapposte. Ma esso sarebbe altresì un processo irreversibile (presto passato dal livello governativo a quello economico e delle imprese), essenziale e commercialmente più aperto rispetto a quello delle Comunità europee, che hanno dato vita ad un blocco economico protezionista. Cfr. ETCHEVERRY, *Settlement of Disputes in the South American Common Market (Mercosur)*, in PETERSMAN (ed.), *International Trade law and the Gatt/WTO Dispute Settlement System*, London, 1997, p. 545. Si veda anche PANEBIANCO, *Elementi di diritto dell'organizzazione internazionale*, Milano, 1997, pp. 88 e 150.

nomico internazionale (11). Nei negoziati e nelle trattative — prima bilaterali, tra Argentina e Brasile, e poi multilaterali, in quanto allargati a Uruguay e Paraguay — che hanno condotto alla firma del Trattato, una sola volta viene fatto accenno alla questione ambientale: si tratta dell'Atto di Buenos Aires del 6 luglio 1990, sottoscritto dal presidente argentino Menem e da quello brasiliano Collor, al cui art. 10 si dichiara la determinazione dei due Stati ad intensificare la cooperazione per la protezione dell'ambiente (12). Per quanto riguarda il Trattato di Asunción, esso non contiene alcuna disposizione in materia, fatta eccezione per un accenno nel Preambolo, ove si afferma che l'obiettivo dell'espansione dei mercati nazionali deve essere raggiunto « *mediante el más eficaz aprovechamento de los recursos disponibles, la preservación del medio ambiente, el mejoramento de las interconexiones físicas..., con base en los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio* » (13).

Il preambolo di un trattato è privo di forza direttamente vincolante, tuttavia occorrerà notare che, ai sensi dell'art. 31, par. 2 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati — della quale tutti gli Stati membri del Mercosur sono parte — esso costituisce parte integrante del trattato stesso ai fini della sua interpretazione. Si può pertanto supporre che il Trattato di Asunción debba essere letto anche alla luce di questo pur secondario riferimento alla preservazione dell'ambiente contenuto nel preambolo. Fatta questa precisazione, non può tuttavia non colpire la portata appunto così ridotta della tematica ambientale all'interno di un trattato di integrazione stipulato all'inizio degli anni '90, alla vigilia della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo di Rio e in un momento in cui, tanto su scala internazionale, quanto all'interno di altre esperienze regio-

(11) Per una cronologia dettagliata, cfr. GINESTA, *El Mercosur y su contesto regional e internacional*, Rio Grande, 1999; MARTÍNEZ PUÑAL, *El Mercado Común del Sur (Mercosur): antecedentes y alcance del Tratado de Asunción*, in PUEYO LOSA & REY CARO (ed.), *Mercosur: nuevos ámbitos y perspectivas en el desarrollo del proceso de integración*, Buenos Aires, 2000, p. 15.

(12) Citato in lingua inglese in VIRASORO, *Environmental Aspects of Regional Integration in Mercosur*, in *Review of the European Community and International Environmental Law*, 1996, p. 39.

(13) Trattato di Asunción, preambolo, II *considerando*, in *ILM*, 1991, p. 1041.

nali, era in via di consolidamento una nuova sensibilità ambientale (14). Le ragioni di questa scelta operata dai redattori del Trattato di Asunción possono essere diverse, tra le quali senz'altro prevale la prioritaria preoccupazione degli Stati coinvolti — paesi in via di sviluppo — di porre le condizioni per una crescita economica rapida e duratura, con conseguente prevalenza delle tematiche commerciali, nonché il timore di risollevare conflitti bilaterali ormai sopiti e che vertevano proprio sulla spartizione di risorse naturali comuni.

Il Trattato di Asunción, integrato e modificato dal Protocollo di Brasilia sulla soluzione delle controversie del 17 dicembre 1991 (15) e dal Protocollo di Ouro Preto sulla struttura istituzionale del Mercosur del 17 dicembre 1994 (16), costituisce un trattato-quadro che istituisce il « Mercado Común del Sur », detto Mercosur, organizzazione dotata di personalità giuridica

---

(14) Si pensi al caso del Nafta (North Atlantic Free Trade Agreement) tra Stati Uniti, Canada e Messico del 1992 (*ILM*, 1993, pp. 289 e 605), accompagnato da un accordo « parallelo », il Naaec (North American Agreement on Environmental Co-operation) del 1993 (*ILM*, 1993, p. 1480); sul Nafta-Naaec, cfr. RUBIN e ALEXANDER, *Nafta and the Environment*, The Hague-London-Boston, 1996. Il parallelo con le Comunità europee, istituite nel 1957, anch'esse con un trattato che non prevedeva alcuna disposizione in materia ambientale, non sembra possa ritenersi opportuno: troppo diverso era il contesto giuridico internazionale con riferimento al trattamento della questione ambientale, nonché il grado di sensibilizzazione al problema allora esistente. D'altronde già all'inizio degli anni '70 l'allora Comunità economica europea aveva iniziato a sviluppare una competenza nel settore ambientale, pur in assenza di un'effettiva base giuridica nel Trattato di Roma; successivamente, a partire dall'Atto Unico Europeo, tali evoluzioni erano state recepite nel Trattato. Sull'evoluzione della competenza comunitaria in materia ambientale, si vedano, tra gli altri, PILLITU, *Profili costituzionali della tutela dell'ambiente nell'ordinamento comunitario europeo*, Perugia, 1992, p. 3 ss.; FRANCIONI, *Development in Environmental Law. From Sovereignty to Common Governance: The EC Environmental Policy*, in MARKESINIS (ed.), *The Gradual Convergence. Foreign Ideas, Foreign Influences, and English Law on the Eve of the 21st Century*, Oxford, 1994, p. 205 ss.; JOHNSON & CORCELLE, *The Environmental Policy of the European Community*, London, 1995, p. 1 ss.; KRÄMER, *Focus on European Environmental Law*, London, 1997, p. 26 ss.; KISS & SHELTON, *Manual of European Environmental Law*, Cambridge, 1997, p. 21 ss.

(15) Adottato sulla base dell'art. 2 dell'Allegato III del Trattato di Asunción e entrato in vigore il 22 aprile 1993 (*Inter-American Legal Material*, 1996, p. 1).

(16) Adottato sulla base dell'art. 18 del Trattato di Asunción e entrato in vigore il 15 dicembre 1995 (*ILM*, 1995, p. 1244).

internazionale (17). Esso comporta (art. 1) la libera circolazione di beni, servizi e fattori produttivi e dunque l'eliminazione delle misure tariffarie e delle restrizioni non-tariffarie, nonché delle misure equivalenti. È inoltre prevista l'adozione di una tariffa esterna comune e di una politica commerciale comune, il « coordinamento » delle politiche macroeconomiche e nei seguenti settori: commercio estero, agricoltura, industria, materie fiscali e monetarie, politiche di cambio e dei capitali, servizi, politica doganale, trasporti e comunicazioni.

Il Mercosur è dotato di tre organi decisionali: il *Consiglio Mercato Comune* (CMC) (18), organo principale dell'organizzazione, composto dai Ministri degli affari esteri e dell'economia degli Stati Membri, e organo competente ad adottare decisioni; il *Gruppo Mercato Comune* (GMC) (19), organo esecutivo composto da rappresentanti dei Ministeri degli affari esteri, dell'economia e della Banca Centrale, nominati dai governi degli Stati Membri (20), il quale adotta risoluzioni; la *Commissione del Commercio del Mercosur* (21), competente in materia di politica commerciale sia interna che con Stati terzi, la quale può adottare direttive. Esistono inoltre due organi di natura consultiva, la *Commissione Parlamentare Congiunta* (22) e il *Foro Consultivo Economico-Sociale* (23), ai quali si somma un Segretariato Amministrativo, con sede a Montevideo, unico organo permanente (24).

Gli organi del Mercosur adottano i propri atti per *consensus*, alla presenza di *tutti* gli Stati Membri. Sia le decisioni, che le

(17) Art. 34 del Protocollo di Ouro Preto.

(18) Artt. 3 ss. del Protocollo di Ouro Preto.

(19) Artt. 10 ss. del Protocollo di Ouro Preto. Il GMC si avvale di numerosi organi ausiliari: sotto-gruppi di lavoro (SGT) e riunioni specializzate in diversi settori specifici.

(20) Ogni Stato nomina 4 rappresentanti e altrettanti supplenti.

(21) Artt. 16 ss. del Protocollo di Ouro Preto.

(22) Artt. 22 ss. del Protocollo di Ouro Preto. Composta da 64 membri, essa rappresenta i parlamenti degli Stati membri.

(23) Artt. 20 ss. del Protocollo di Ouro Preto. Composto da un numero eguale di rappresentanti per ogni Stato, rappresenta il settore economico e sociale.

(24) Le istituzioni del Mercosur non sono istituzioni permanenti, bensì vengono convocate di volta in volta. Non hanno pertanto una sede unica, ma si riuniscono in una città dello Stato membro che detiene la presidenza semestrale. In ogni Stato membro esistono delle rappresentaze degli organi del Mercosur.

risoluzioni e le direttive hanno forza vincolante e pertanto la loro differenza è da individuare esclusivamente nel soggetto che le ha adottate e non nella loro diversa forza giuridica. Tuttavia gli atti non hanno applicabilità diretta negli ordinamenti degli Stati Membri, essendo necessario uno specifico atto di recepimento da parte di tutti gli Stati membri affinché l'atto dell'organizzazione entri in vigore (25). Il Mercosur non è dotato di un sistema permanente di soluzione delle controversie (26); il Protocollo

---

(25) Al fine di garantire l'entrata in vigore simultanea degli atti comunitari in tutti gli Stati membri è prevista la seguente procedura: gli Stati informano il Segretariato Amministrativo del Mercosur delle misure adottate negli ordinamenti giuridici interni; una volta che tale procedura è stata eseguita da tutti gli Stati, il Segretariato ne dà notizia ad ogni Stato membro. Quindi l'atto entrerà in vigore 30 giorni dopo questa comunicazione. Sulla base dell'art. 38 del Protocollo di Ouro Preto, gli Stati si impegnano a prendere tutte le misure necessarie per dare applicazione nei rispettivi territori alle decisioni prese dall'organizzazione, ma non è stabilito alcun limite di tempo entro cui ciò deve avvenire. Malgrado il disposto dell'art. 38, appare evidente come il carattere obbligatorio degli atti del Mercosur risulti del tutto illusorio: poiché esso dipende strettamente da un atto di recepimento interno da parte degli Stati membri, basta l'omissione oppure il ritardo da parte di uno Stato per impedire l'entrata in vigore dell'atto sul territorio dell'intera organizzazione. Cfr. MANGAS MARTÍN, *op. cit.*, p. 82. Sulle conseguenze di tale sistema nel caso di adozione di una normativa comunitaria ambientale da recepire in Brasile, cfr. LEME MACHADO, *Direito ambiental brasileiro*, São Paulo, 2002, p. 995.

(26) La sua possibile creazione è rimandata al momento della definitiva realizzazione dell'Unione doganale, prevista per il 2006. Per un'analisi approfondita del Protocollo di Brasilia e del Regolamento di applicazione (adottato con decisione 17/98 dal CMC), si veda REY CARO, *Comentario al reglamento del Protocolo de Brasilia para la solución de controversias en el Mercosur*, in *Revista de Derecho del Mercosur*, 1999, p. 43. Si vedano anche REY CARO, *La solución de controversias en el Mercosur*, in *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 1996-97, p. 282; ID., *Los mecanismos y procedimientos para la solución de controversias en el Mercosur. Antecedentes, realidad y perspectivas*, in PUEYO LOSA & REY CARO, *op. cit.*, *supra*, nota 11, p. 95; O'NEAL TAYLOR, *Dispute Resolution as a Catalyst for Economic Integration and an Agent for Deepening Integration: Nafta and Mercosur?*, in *Northwestern Journal of International Law and Business*, 1996-97, p. 850. Si veda anche: ETCHEVERRY, *op. cit.*, *supra*, nota 10, p. 545; BORBA CASELLA, *From Dispute Settlement to Jurisdiction? Perspective from the Mercosur*, in PETERSMAN (ed.), *op. cit.*, *supra*, nota 10, p. 553; SABSAY, *Integración y supranacionalidad a exceptión de los desarrollos europeos recientes, bases constitucionales y límites. La experiencia del Mercosur*, intervento al convegno « Process of European and Global Constitutionalization », Berlino, 15 maggio 1999, p. 15 (consultabile alla pagina *web*: *http://www.farn.org.ar*); GUERRERO PENICHE, *Trade and Environment: Dispute Set-*

di Brasilia prevede un sistema che comporta l'attivazione successiva di tre meccanismi: il negoziato diretto tra le parti, l'intervento di mediazione degli organi del Mercosur e infine l'arbitrato (27).

Dalla descrizione che precede appare evidente come il Mercosur costituisca un'organizzazione internazionale classica, piuttosto che una comunità integrata sul modello dell'Unione europea. Mancano infatti alcuni dei caratteri determinanti perché si possa parlare di entità sovranazionale: il Mercosur non ha autonomia legislativa, finanziaria, giurisdizionale (28). Sono al con-

---

tlement for Breaches of State Environmental Obligations in Regional Integration Processes - A Comparative Analysis of EU, Mercosur and Nafta, mémoire à l'Institut Universitaire de Hautes Études Internationales, Genève, 2000; VENTURA, *First Arbitration Award in Mercosur - A Community Law in Evolution?*, in *Leiden Journal of International Law*, 2000, p. 447; CÁRDENAS, TEMPESTA, *Arbitral Awards under Mercosur's Dispute Settlement Mechanism*, in *Journal of International Economic Law*, 2001, p. 337. A favore di un sistema permanente di soluzione delle controversie si veda REY CARO, *Mercosur: hacia un órgano jurisdiccional permanente*, in BAPTISTA & DA FONSECA (eds.), *O Direito Internacional no Terceiro Milênio. Estudos em Homenagem ao Prof. Vicente Marotta Rangel*, São Paulo, 1998, p. 80; ID., *La solución de controversias en el Mercosur*, in DRNAS DE CLÉMENT & REY CARO, *op. cit.*, *supra*, nota 5, p. 93; ID., *Los mecanismos y procedimientos*, cit., in questa nota, p. 95. Anche la Commissione Parlamentare Congiunta si è più volte espressa a favore della creazione di un tale sistema: si vedano le raccomandazioni 6/95, 2/96 e 1/97.

(27) Con il Protocollo di Brasilia, le Parti si sono impegnate ad accettare in modo preventivo ed obbligatorio la giurisdizione del tribunale arbitrale e la natura obbligatoria del lodo, che ha dunque forza di cosa giudicata. Il tribunale non è un istituto permanente, bensì *ad hoc*. I tre arbitri designati per la soluzione della controversia devono essere scelti sulla base di una lista prestabilita. Occorre peraltro dare conto di uno sviluppo recentissimo per quanto riguarda il sistema di soluzione delle controversie nell'ambito del Mercorsur: il 18 febbraio 2002 i quattro Stati Parte hanno firmato il Protocollo di Olivos, che emenda quello di Brasilia sulla soluzione delle controversie. Le novità del Protocollo di Olivos sono essenzialmente due: la seconda fase prevista dal Protocollo di Brasilia, ossia la mediazione da parte degli organi del Mercosur, diventa una fase facoltativa; viene inoltre introdotta una nuova e ultima fase, con la costituzione di una Corte Permanente di Revisione, alla quale è possibile fare ricorso in appello, per motivi di diritto e di interpretazione della sentenza del tribunale arbitrale. Il protocollo di Olivos non è ancora entrato in vigore, Cfr. REY CARO, *El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el Mercosur*, Cordoba, 2002.

(28) Si fa notare che solo le costituzioni di Argentina (art. 75, par. 24) e Paraguay (art. 145) riconoscono la possibilità di creare istituzioni giuridiche sovranazionali. Non si trovano disposizioni simili nelle costituzioni del Brasile e dell'U-

trario presenti elementi che fanno immediatamente pensare al sistema classico di cooperazione intergovernativa: unanimità nel processo decisionale, assenza di un organo giurisdizionale permanente che risolva le controversie tra gli Stati membri e controlli la legittimità degli atti comunitari, mancata applicabilità diretta degli atti nel diritto interno degli Stati membri, assenza di competenze esclusive dell'organizzazione. Il solo fatto che il Trattato di Asunción enunci esplicitamente la reciprocità di diritti e obblighi tra gli Stati membri è sintomo che tale trattato non istituisce una vera comunità integrata: in quest'ultima — e l'Unione europea ne è un esempio — il principio di reciprocità è estraneo e vale piuttosto il principio della leale collaborazione, per cui ciascuno Stato membro è tenuto a collaborare con l'organizzazione per il raggiungimento dei suoi fini, indipendentemente dal comportamento eventualmente contrario tenuto da altri Stati membri (29). La stessa supremazia del diritto del Mercosur sul diritto interno non è chiara (30), così come la gerarchia tra gli atti interni del Mercosur (tra diritto originario e derivato

---

ruguay. Cfr. SABSAY, *op. cit.*, p. 9, il quale vede nella diversità dei testi costituzionali un ostacolo al processo di integrazione; DRNAS DE CLÉMENT, *Relaciones de Córdoba con el Mercosur en materia de medio ambiente*, Córdoba, 1995, p. 162 ss.; MONCAYO, *Mercosur. Orden normativo y realidad*, in *Liber Amicorum « In Memoriam » of Judge José Maria Ruda*, Kluwer, 2000, p. 595, in part. p. 607 ss. Anche FONTOURA (*Asimetrías constitucionales en el Mercosur*, in *Informativo Mercosul*, publicação editado pela Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul - rapresentação brasileira, 1999, n. 10) ritiene che tali asimmetrie constituzionali, in particolare l'assenza di norme costituzionali in Brasile e Uruguay che garantiscano la supremazia dei trattati internazionali sulla legge interna, possano essere pregiudizievoli anche all'esistenza stessa del Mercosur: l'adozione di una legge successiva e contraria al Trattato di Asunción in uno di questi due Stati, unitamente al disposto dell'art. 2 del Trattato di Asunción, secondo il quale il mercato comune è basato sulla reciprocità dei diritti e degli obblighi, potrebbe infatti portare al venir meno della stessa organizzazione.

(29) Art. 10 del Trattato che istituisce la Comunità Europea. Sul principio di reciprocità nel diritto comunitario, cfr. BOULOUIS, *Le droit des Communautés européennes dans ses rapports avec le droit international général*, in *Recueil des cours*, 1992, p. 45.

(30) La Corte Suprema argentina, nel caso *Cafés la Virginia* del 10 ottobre 1994 (Corte Suprema de Justicia de la Argentina, Fallos 317: 1282), ha stabilito che il trattato istitutivo del Mercosur ha lo stesso *status* della costituzione argentina. Si ritiene invece che in Brasile una legge successiva al Trattato di Asunción e confliggente con esso prevarrebbe per il criterio *lex posterior derogat priori* (cfr.

e all'interno del diritto derivato tra decisioni, risoluzioni e direttive), incertezza favorita dal fatto che anche gli atti derivati necessitano di volta in volta di una « quasi-ratifica » — o quanto meno di un esplicito atto di recepimento interno (31). Alcuni autori mettono persino in dubbio l'esistenza di un vero e proprio « diritto del Mercosur » (32).

Tale impianto giuridico trova evidentemente le sue ragioni nel fatto che una scelta diversa e orientata all'approfondimento sostanziale della struttura istituzionale deve esser sembrata prematura al momento della firma del Protocollo di Ouro Preto, dopo soli tre anni dall'entrata in vigore del Trattato di Asunción. Eppure sembra evidente una certa contraddizione tra l'ambizioso obiettivo posto dal Trattato — la creazione di un vero mercato unico, e non la semplice realizzazione di un'area di libero scambio — e gli strumenti istituzionali messi a servizio di questo obiettivo.

3. L'America Latina copre un territorio di 40 milioni di km quadrati, che si estende dal confine settentrionale del Messico al lembo meridionale del Sud America. Tale territorio è, dal punto di vista ambientale, uno dei più ricchi del pianeta, poiché in esso coesistono climi, condizioni geografiche, ecosistemi molto diversi tra loro (33). Lo stesso primato vale in tema di biodiversità: è stato calcolato che in sei paesi latino-americani è riscontrabile il 70% della diversità biologica esistente sul pianeta (34). In particolare Brasile, Paraguay e Bolivia presentano zo-

---

O'NEAL TAYLOR, *op. cit.*, *supra*, nota 26, p. 880; MONCAYO, *op. cit.*, *supra*, nota 28, p. 607).

(31) Per alcuni autori sarebbe invece fuori discussione l'esistenza di una gerarchia normativa all'interno del Mercosur. Cfr. GROS ESPIELL, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 142 e DRNAS DE CLÉMENT, *Relaciones*, cit., *supra*, nota 28, p. 118, la quale ritiene che le decisioni avrebbero forza maggiore rispetto agli altri atti, come conseguenza della qualità dell'organo che li adotta (secondo il Protocollo di Ouro Preto, il CMC è l'organo « *superior* » del Mercosur).

(32) Si veda il dibattito riportato in EKMEKDJIAN, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 361. A favore dell'esistenza di un diritto del Mercosur, cfr. GROS ESPIELL, *op. cit.*, *supra*, nota 1, p. 141.

(33) Si va dalla foresta tropicale, alla pampa argentina, alla Cordigliera delle Ande, alle steppe della Patagonia, alle zone sub-antartiche.

(34) Cfr. HERRERA & PEVATO, *Legal Framework for Environmental Co-o-*

ne umide tra le più vaste del mondo (il *pantanal* (35) e il *chaco* (36)), ricchissime di specie diverse.

In evidente contrasto con la ricchezza del patrimonio naturalistico sono le politiche condotte — almeno negli scorsi decenni — dalla maggior parte degli Stati facenti parte di quest'area geografica. Si tratta per lo più di paesi in via di sviluppo che, al fine di attirare investimenti esteri capaci di incrementare il loro sviluppo economico, hanno spesso trascurato i principi di protezione ambientale (37). Occorre dire che a partire dagli inizi degli anni '90 la generale tendenza al degrado ambientale in America

---

peration in Latin America: An Overview, in *Review of the European Community and International Environmental Law*, 1996, p. 1; ROSENCRAZ, CAMPBELL, O'NEIL, *Rio Plus Five: Environmental Protection and Free Trade in Latin America*, in *The Georgetown International Environmental Law Review*, 1997, p. 527.

(35) Il *pantanal* è la più grande zona umida continentale del pianeta: si estende per 140.000 chilometri quadrati nel solo Brasile ed è ricchissima di fauna: si contano 650 specie di uccelli, 80 di mammiferi, 260 di pesci e 50 di rettili (fonte WWF).

(36) Il *chaco* o *gran chaco* è una regione centrale dell'America Latina, spartita da Argentina, Bolivia e Paraguay, costituita da altopiani e zone pianeggianti dal clima tropicale. Nella zona centrale ci sono vaste aree paludose, ricche di specie diverse.

(37) Le condizioni ambientali degli Stati membri del Mercosur riflettono questa situazione generale della regione, in entrambi gli estremi: la grande ricchezza naturale da un lato e le minacce cui essa è sottoposta dall'altra. Il Brasile è il più esteso paese tropicale del mondo, sul suo territorio si trovano un terzo delle foreste tropicali e il più grande numero di specie di insetti dell'intero pianeta, due terzi del bacino del Rio delle Amazzoni (il più grande sistema fluviale del mondo) e del Pantanal (la più estesa zona umida del pianeta). Tuttavia ogni anno quasi 77 mila ettari di foresta amazzonica vengono distrutti e resta meno del 10% della superficie originale della foresta atlantica (fonte: dati WWF). Il Brasile è inoltre al secondo posto per numero di specie di uccelli minacciate dall'estinzione, con 103 specie (fonte: UNEP-ORPALC (Oficina Regional para América Latina y el Caribe), *GEO América Latina y el Caribe. Perspectivas del medio ambiente*, 2000). Il paese dispone di una delle più avanzate legislazioni ambientali esistenti, ma l'incapacità di garantirne il rispetto, spesso per mancanza di regolamenti di applicazione, unita alla difficoltà di monitorare vaste aree inaccessibili, ne compromette il livello qualitativo. L'Argentina dispone di 13 diversi ecosistemi terrestri e marini, dalle Ande, alla costa atlantica, alla foresta sub-tropicale, alle *pampas*. La rete esistente di aree protette non è tuttavia sufficiente a proteggere la grande biodiversità rappresentata da tali ambienti e dalla loro flora e fauna. Anche il Paraguay presenta un ricco ambiente naturale, che va dalla foresta umida e quella del *chaco*, alle zone umide, alle praterie; tra i problemi ambientali maggiori, occupa il primo posto l'alto tasso di deforestazione. L'Uruguay, infine, non ha aree protette; delle 36

Latina ha avuto un'inversione di tendenza. Con l'organizzazione a Rio de Janeiro del cosiddetto « Vertice della Terra » del 1992, ovvero della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo sviluppo, una nuova coscienza ambientale ha infatti preso piede in America Latina. In conseguenza di tale evento, non solo molti Stati hanno adottato norme in materia ambientale sulla base degli *standard* internazionali, istituito un Ministero dell'ambiente e creato organi responsabili per la gestione ambientale (38), ma, soprattutto, è emersa una fitta rete di organizzazioni non-governative particolarmente attive, che hanno svolto — e continuano a svolgere — un ruolo di primaria importanza tanto nel favorire questo sviluppo e nel consolidare la nuova cultura ambientale, quanto nel monitorare la legislazione in materia ecologica. Un contributo non indifferente è stato anche dato dal ritorno di molti Stati latino-americani a regimi di tipo democratico, maggiormente disposti a inserire la tutela dell'ambiente nelle politiche pubbliche.

Il « periodo rivoluzionario » (39) innescato dal vertice di Rio va comunque ancora controbilanciato con uno scenario non sempre positivo. Molti Stati, che spesso enunciano nei loro testi costituzionali un vero e proprio diritto ad un ambiente sano (40), trovano serie difficoltà a tradurre tale diritto in termini concreti (41).

---

cosiddette « aree di conservazione », soltanto 13 godono di una effettiva protezione per legge (fonte: dati WWF).

(38) Cfr. *Program for the development of law on environment and sustainable development in the Americas*, Technical document, Summit of the Americas on Sustainable Development, Santa Cruz, September 1996, p. 6.

(39) ROSENCRANZ, CAMPBELL, O'NEAL, *op. cit.*, p. 530.

(40) Per quanto riguarda gli Stati membri del Mercosur, si vedano l'art. 7 della Costituzione del 1992 del Paraguay (« *Toda persona tiene derecho a habitar en un ambiente saludable y ecológicamente equilibrado* »); l'art. 41 della Costituzione dell'Argentina del 1994 (« *Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano* »); l'art. 225 della Costituzione del Brasile del 1988 (« *Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações* »). La Costituzione dell'Uruguay del 1997 non prevede invece il diritto ad un ambiente sano; l'art. 47 prevede soltanto che « *La protección del medio ambiente es de interés general* ».

(41) Cfr. *Program*, cit., *supra*, nota 38, p. 6. Si veda anche JENSEN, *Environmental Regulation in Latin America: A Rapidly Changing Legal Framework*, in

È noto che i rapporti tra alcuni Stati attualmente membri del Mercosur sono stati particolarmente conflittuali in passato, proprio in materia ambientale. Si pensi alle controversie intercorse tra Argentina e Brasile negli anni '70 sulla gestione delle risorse naturali condivise, in particolare in tema di sfruttamento di corsi d'acqua internazionali (42). Tuttavia numerosi, soprat-

---

Natural Resources and Environment, 1993, p. 23. DE BARRERA-HERNANDEZ e LUCAS (*Environmental Law in Latin America and Caribbean: Overview and Assessment*, in *The Georgetown International Environmental Law Review*, 1999, p. 207) mettono in luce numerosi problemi tuttora esistenti nella legislazione ambientale latino-americana. Il principale è senz'altro costituito dalla difficoltà di applicazione della stessa, spesso causata dalla scarsità di mezzi per un controllo efficace; ma essi citano anche l'assenza di una codificazione organica della materia e il fatto che numerosissime norme ambientali siano spesso distribuite all'interno delle più diverse leggi; la presenza di più livelli di governo (Stato federale, Stati federati, governi locali) che ha portato alla proliferazione di testi normativi in materia ambientale, spesso contraddittori o che si sovrappongono in modo confuso; le lacune nella regolamentazione di alcuni settori chiave come la partecipazione pubblica, l'accesso all'informazione, la definizione di *standard* ambientali, le tecnologie pulite; una tutela delle risorse naturali spesso effettuata a compartimenti stagni per cui mancherebbe una protezione integrata e complessiva delle stesse. Si veda anche il rapporto meno recente — ma per molti versi ancora attuale — dell'Inter-American Development Bank (a cura di Raul Brañes), *Institutional and Legal Aspects of the Environment in Latin America, Including the Participation of Non-Governmental Organizations in Environmental Management*, Washington, 1991. Anche in tale rapporto si lamenta soprattutto la trattazione in modo quasi esclusivamente settoriale del tema ambientale (pp. 6, 17, 36), i problemi di applicazione della normativa (pp. 7 e 44), la presenza di norme ripetitive e a volte contraddittorie tra loro (pp. 18, 36), i modelli insoddisfacenti di gestione ambientale messi in atto (p. 54). Infine, cfr. VIGIL, *Considerations in Developing Common Environmental Legislation Among Mercosur Countries*, in *Pace Environmental Law Review*, 1996, p. 609; ZORRAQUIN, *Obstacles to Proper Resolution of Argentina's Environmental Problems, ibidem*, p. 585.

(42) Da un lato, l'Argentina difendeva una concezione « solidarista », secondo la quale gli Stati che condividono uno stesso bacino internazionale devono promuoverne la gestione concertata e utilizzarlo solo in modo compatibile con i diritti di cui godono gli altri Stati, quindi evitando di causare danni al di fuori del proprio territorio. Al contrario, il Brasile negava l'esistenza di norme generali in materia di corsi d'acqua internazionali, per insistere invece sul principio della piena sovranità dello Stato sulle proprie risorse naturali. Il conflitto, nato in materia di gestione del Bacino del Rio de la Plata, verteva sulla costruzione da parte del Brasile di numerose dighe lungo il fiume Paraná e, in particolare, sulla diga di Itaipú. Esso ebbe una eco anche alla Conferenza delle Nazioni Unite di Stoccolma del 1972, dove proprio le divergenze tra Argentina e Brasile impedirono di includere nella dichiarazione finale un principio in materia di informazione preventiva in ca-

tutto nel periodo successivo, sono stati anche i trattati bilaterali o multilaterali tra gli Stati della regione aventi ad oggetto la tutela dell'ambiente (43), tra i quali si segnala in particolare l'accor-

---

so di gestione di risorse naturali condivise (cfr. SOHN, *The Stockholm Declaration on the Human Environment*, in *Harvard Journal of International Law*, 1973, p. 423); infine la controversia approdò all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, dove erano in discussione le risoluzioni 2995 sulla cooperazione tra gli Stati in materia ambientale del 1972 (UN Doc A/RES/2995, dibattito UN Doc. A/C.2/SR 1469, settembre-dicembre 1972) e la risoluzione 3129, sulla cooperazione nel campo dell'ambiente con riguardo a risorse naturali condivise da due o più Stati del 1973 (UN Doc. A/RES/3129, dibattito A/C.2/SR 1514-1585 e in A/PV.2199 del 13 dicembre 1973). Sulle controversie tra Argentina e Brasile e sul regime del Rio de la Plata si vedano: CANO, *Argentina, Brazil and the de la Plata River Basin: A Summary of Their Legal Relationships*, in UTTON & TECLAFF (eds.), *Water in a Developing World*, Boulder, Colorado, 1978, p. 127; DUPUY (P.M.), *La gestion concertée des ressources naturelles: à propos du différend entre le Brésil et l'Argentine relatif au barrage d'Itaipú*, in *Annuaire Français de Droit International*, 1978, p. 866; LAMMERS, *Pollution of International Watercourses*, The Hague, 1984, p. 268 ss.; BARBERIS, *L'exploitation hydro-électrique du Paraná et l'accord tripartite de 1979*, in *Annuaire Français de Droit International*, 1986, p. 179; TREVIN & DAY, *Risk Perception in International River Basin Management: The Plata Basin Example*, in *Natural Resources Journal*, 1990, p. 87; ROUSSEAU, *Cronique des faits internationaux*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1973, p. 1101 e 1991, p. 927; DEL CASTILLO LABORDE, *Legal Regime of the Rio de la Plata*, in *Natural Resources Journal*, 1996, p. 252.

(43) Si possono ricordare: l'accordo di conservazione delle risorse naturali dell'Atlantico del Sud tra Argentina e Brasile (Buenos Aires, il 29 dicembre 1967; vedi decreto legislativo brasiliano n. 454 del 5 febbraio 1969, in *Diario Oficial de la Unión* — in seguito: *DOU* — dell'11 febbraio 1969); il trattato per lo sfruttamento delle risorse idriche condivise dei rami limitrofi del Rio Uruguay e del suo affluente il Rio Pepiri-Guaçu tra Argentina e Brasile (Buenos Aires, 17 maggio 1980; vedi decreto legislativo brasiliano n. 82 del 1° settembre 1982, in *DOU* del 3 settembre 1982); l'accordo di cooperazione sullo sfruttamento delle risorse naturali e lo sviluppo del bacino del Rio Quaraí tra Brasile e Uruguay (Artigas, 11 marzo 1991; vedi decreto legislativo brasiliano n. 13 del 15 aprile 1992, in *DOU* del 16 aprile 1992); l'accordo di trasporto fluviale per l'idrovia Paraguay-Paraná e i suoi sei protocolli tra Argentina, Brasile, Paraguay, Uruguay e Bolivia (Las Lañas, 26 giugno 1992, in PACHECO MERCIER (ed.), *A Navegação Fluvial na Hidrovia Paraguay-Paraná*, Osasco, 1997); l'accordo di cooperazione e interscambio di beni utilizzati a difesa e protezione dell'ambiente tra Argentina e Brasile (Las Leñas, 27 giugno 1992; vedi decisione brasiliana n. 652 del 15 settembre 1992, in *DOU* del 16 settembre 1992); l'accordo per la conservazione della fauna acquatica dei fiumi limitrofi tra Brasile e Paraguay (Brasilia, 1° settembre 1994; vedi decreto legislativo brasiliano n. 138 del 10 novembre 1996, in *DOU* del 13 novembre 1996); l'accordo sulla conservazione delle risorse ittiche dei fiumi Paraguay e Paraná tra Argen-

do-quadro di cooperazione in materia ambientale del 1992 tra Argentina e Brasile (44). In esso si riconosce innanzitutto l'importanza della mutua cooperazione e dello scambio di esperienze, tenuto conto del fatto che entrambi i paesi dispongono di ecosistemi dai tratti comuni (fragilità, estensione, ricchezza in termini di biodiversità); viene altresì sottolineata con forza l'importanza tanto dal punto di vista ambientale che economica e sociale del bacino del Rio de la Plata, il cui sfruttamento era proprio all'origine delle controversie degli anni precedenti.

Il livello di partecipazione degli Stati dell'America Latina ai trattati internazionali ambientali di portata globale è molto alto. In media, più dell'80% degli Stati della regione è attualmente parte delle principali convenzioni internazionali; si tratta di una tendenza recente, poiché agli inizi degli anni '90 la media era del solo 26% (45). In particolare, i quattro Stati membri del Mercosur hanno tutti ratificato o aderito alle più importanti convenzioni globali (46). Tuttavia questo alto tasso di partecipazione si accompagna spesso a considerevoli difficoltà incontrate da que-

---

tina e Paraguay (Buenos Aires, 25 ottobre 1996; vedi legge argentina n. 25.048 dell'11 novembre 1998). Cfr. BEC, *Tratados bilaterales de protección ambiental dentro el Mercosur*, in *Revista de Derecho del Mercosur*, 1998, p. 201.

(44) Buenos Aires, 9 aprile 1996, in *BILA*, n. 18, gennaio-giugno 1996; si veda anche la dichiarazione presidenziale congiunta che accompagna la firma del trattato, *ibidem*.

(45) Cfr. UNEP-ORPLAC, *GEO*, *op. cit.*, *supra*, nota 37, p. 65 ss. Vedi anche HERRERA & PEVATO, *op. cit.*, *supra*, nota 34, p. 9.

(46) Convenzione di Washington del 1973 sul commercio delle specie minacciate della fauna e della flora (Washington, 3 marzo 1973, in *ILM*, 1973, p. 1085), Convenzione di Vienna del 1992 sulla protezione dello strato di ozono e i suoi Protocolli (Vienna, 22 marzo 1985, in *ILM*, 1987, p. 1520), Convenzione di Basilea sul controllo del movimento transfrontaliero dei rifiuti pericolosi e la loro eliminazione (Basilea, 22 marzo 1989, in *ILM*, 1989, p. 657), Convenzione-quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico del 1992 (Rio de Janeiro, 20 giugno 1992, in *ILM*, 1992, p. 851), Convenzione sulla biodiversità del 1992 (Rio de Janeiro, 15 giugno 1992, in *ILM*, 1992, p. 822), Convenzione di Parigi del 1994 per combattere la desertificazione in quei paesi colpiti da una grave siccità e/o desertificazione, in particolare in Africa (Parigi, 17 giugno 1994, in *ILM*, 1994, p. 1332). Con la sola eccezione di una dichiarazione argentina alla Convenzione sulla biodiversità (nella quale l'Argentina precisava che la Convenzione non si sarebbe applicata al genoma umano e sottolineava l'importanza della stessa ai fini di un uso sostenibile della diversità biologica), i quattro Stati attualmente membri del Mercosur non hanno apposto riserve o dichiarazioni a tali convenzioni internazionali.

sti paesi nella fase di attuazione dei trattati internazionali, soprattutto per mancanza di strutture adeguate, di finanziamenti necessari e per i ritardi nella trasposizione degli *standard* internazionali nella legislazione interna (47).

4. Il processo di integrazione del Mercosur nasce e si sviluppa con obiettivi di carattere economico e, almeno inizialmente, la tematica ambientale ricopre un ruolo del tutto secondario, per non dire inesistente (48). Si è già detto dell'accenno alla tutela dell'ambiente contenuto nel preambolo del Trattato di Asunción, nel quale parte della dottrina ha voluto vedere un'importante presa di posizione degli autori del Trattato (49). Tuttavia a noi pare che il riferimento nello stesso paragrafo del

---

(47) Cfr. *Program*, *op. cit.*, *supra*, nota 38, p. 11.

(48) Sulla politica ambientale del Mercosur, cfr. DRNAS DE CLÉMENT, *Relaciones*, cit., *supra*, nota 28; LONGA VIRASORO, *Environmental Aspects of Regional Integration in Mercosur*, in *Review of the European Community and International Environmental Law*, 1996, p. 38; DEVIA, *La Política Ambiental en el Marco del Tratado Asunción*, in *Mercosur y Medio Ambiente*, Buenos Aires, 1996, p. 27; INFANTE CAFFI, *Procesos de integración y protección del medio ambiente: el caso del Mercosur*, in *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 1997, p. 209; MARCHISIO, *Integrazione regionale, tutela dell'ambiente e sviluppo sostenibile*, *ibidem*, p. 225; CAMARGO VIEIRA, *Regional Integration and Protection of the Environment: The Case of Mercosul*, in WEISS, DENTERS, DE WAART (eds.), *International Economic Law with a Human Face*, The Hague-Dordrecht-London, 1998, p. 327; LOPEZ, *A Green Challenge on the Road to a Single Market*, in *Environmental Policy and Law*, 1999, p. 42; VILLEGAS, *The Environmental Challenge of the Common Market in South America: REMA under Mercosur*, in *Golden Gate University Law Review*, 1999, p. 445; DRNAS DE CLÉMENT, *Mercosur y Medio Ambiente*, in PUEYO LOSA & REY CARO, *op. cit.*, *supra*, nota 11; STICCA, *La protección del medio ambiente en la normativa Mercosur*, in DRNAS DE CLÉMENT & REY CARO, *Jornadas*, cit., *supra*, nota 5, p. 151; LEME MACHADO, *op. cit.*, *supra*, nota 25, p 979; BLUM, *The FTAA and the Fast Track to Forgetting the Environment: A Comparison of the NAFTA and the Mercosur Environmental Models as Examples fot the Hemisphere*, in *Texas International Law Journal*, 2000, p. 435; REY CARO, *Las competencias del Mercosur en el campo del medio ambiente*, in SCOVAZZI (ed.), *The Protection of the Environment in a Context of Regional Economic Integration - The Case of the European Community, Mercosur and Nafta*, Milano, 2001, p. 135.

(49) Cfr. DRNAS DE CLÉMENT, *Relaciones*, cit., *supra*, nota 28, p. 32 ss.; ID., *Mercosur*, cit., *supra*, nota 48, p. 317, in particolare p. 326; GRUPO Y'GUAZÚ, *Bases para la Armonización de Exigencias Ambientales en el Mercosur*, Estudio analítico n. 4, Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Buenos Aires, 1995, p. 16 ss.

preambolo ai principi di gradualità, flessibilità ed equilibrio già costituisca un limite alla presa in considerazione della dimensione ambientale nella definizione delle politiche di integrazione, senza contare che l'accenno in questione non si traduce in alcun modo all'interno del testo del trattato né in un obiettivo chiaramente identificato, né in un'azione concreta da intraprendere, con l'indicazione dei mezzi necessari per attuarla (50).

Pochi mesi dopo l'entrata in vigore del Trattato di Asunción — il 20 e 21 febbraio 1992 — i presidenti dei quattro Stati membri del Mercosur e del Cile, riuniti a Canela, in Brasile, hanno adottato una dichiarazione « *sur previa a la conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente y el desarrollo* » (51), nella quale viene fatto riferimento a principi, quali lo sviluppo sostenibile e le responsabilità comuni ma differenziate, che saranno poi inclusi nella dichiarazione di Rio. La Dichiarazione di Canela, benché non costituisca formalmente un atto sottoscritto nel quadro del Mercosur, parrebbe confermare una comune posizione degli Stati Parte in materia ambientale; tuttavia essa non ebbe alcun seguito, a conferma, ci sembra, della marginalità della questione ambientale tra quelle di interesse comune degli Stati membri.

Tra i dieci Sub-Grupos de Trabajo (in seguito: SGT) — organi sussidiari del GMC — previsti dal Trattato di Asunción (52), nessuno era dedicato alla tematica ambientale. Tuttavia, anche sulla base del « Programma di Las Leñas » (53), tali organi vennero ad occuparsi, in modo più o meno diretto, di questioni ambientali (quali la legislazione fito-sanitaria, emissioni dei veicoli a motore, trasporto di merci pericolose ecc.). La crea-

---

(50) D'altra parte, l'esperienza comunitaria insegna come non sia indispensabile la presenza di una base giuridica nel trattato istitutivo per sviluppare la competenza ambientale dell'organizzazione, qualora si riesca a dare al trattato un'interpretazione evolutiva ed elastica. Molto più importante, rispetto alla lettera del Trattato, sembra dunque l'effettiva volontà delle Parti.

(51) Detta "*Dichiarazione di Canela*", in « *O Estado de S. Paulo* », Caderno « Cidades », ed. 21 febbraio 1992, p. 4.

(52) Questioni commerciali, Questioni tariffarie, *Standard* tecnici, Politiche monetarie e fiscali legate al commercio, Trasporti terrestri, Trasporti marittimi, Politica industriale e tecnologica, Politica agricola, Politica energetica, Coordinamento delle politiche macroeconomiche.

(53) Decisione CMC 1/92, in *BILA*, n. 6, luglio-settembre 1992.

zione della *Comisión Tematica de Medio Ambiente* all'interno del SGT 7-Industria, sopperì in modo inadeguato al trattamento così settoriale e parziale della tematica ambientale. Soprattutto, essa non raggiunse i suoi obiettivi originari, consistenti nello studiare come rendere « compatibili » (si noti come venne accuratamente evitato il termine « armonizzazione ») le legislazioni ambientali degli Stati membri (54). Se con la creazione della Commissione ha in qualche modo fatto breccia nel Mercosur la consapevolezza di dover trattare anche solo tangenzialmente la questione ambientale, tuttavia le difficoltà da essa incontrate — l'assenza di alcune delegazioni nel corso delle sue riunioni, i timori suscitati rispetto ai suoi obiettivi, il rifiuto esplicito di pervenire a proposte di armonizzazione delle normative, la scarsa attenzione ricevuta da altri organi all'interno dell'organizzazione — testimoniano in modo inequivocabile la forte reticenza da parte degli Stati membri ad accordare al tema ambientale uno spazio se non primario almeno importante all'interno del Mercosur.

L'esigenza di una maggiore istituzionalizzazione della questione ambientale in seno all'organizzazione dovette comunque farsi sentire, forse anche in conseguenza della Conferenza di Rio del 1992. È di quello stesso anno infatti la risoluzione con cui il GMC decide di istituire la *Reunión Especializada en Medio Ambiente* (REMA) (55), costituita da rappresentanti dei governi degli Stati Parte. Ai sensi dell'art. 1 della risoluzione, la REMA è competente a « *analizar la legislación vigente en los Estados Partes y proponer acciones a emprender en las distintas áreas con el objeto de proteger el medio ambiente* ». La natura giuridica di quest'organo non è molto chiara: sembra potersi desumere che la REMA costituisca un organo sussidiario (56) del GMC, che le

(54) Sulla diversità delle legislazioni ambientali degli Stati membri del Mercosur, cfr. GRUPO Y'GUAZÚ, *op. cit.*, *supra*, nota 49.

(55) Risoluzione GMC 22/92, in *BILA*, n. 6, luglio-settembre 1992.

(56) Sulle caratteristiche e i requisiti che devono avere gli organi sussidiari, cfr. TORRES BERNARDEZ, *Subsidiary Organs*, in DUPUY R.J. (ed.), *Manuel sur les organisations internationales*, 1988, p. 130. Per un'analisi con riferimento alle Nazioni Unite, cfr. SAROOSHI, *The Legal Framework Governing United Nations Subsidiary Organs*, in *British Yearbook of International Law*, 1996, p. 413; si vedano anche i commenti agli artt. 7, 22, 29 della Carta delle Nazioni Unite, in COT & PELLET (ed.), *La Charte des Nations Unies (Commentaire article par article)*, Paris, 1991; SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, Oxford, 1995.

delega parte dei suoi poteri; le riunioni specializzate manterrebbero però uno *status* inferiore a quello dei sotto-gruppi di lavoro, dato il più limitato grado di autonomia rispetto all'organo principale (57). Alcuni hanno paragonato la REMA ad una sorta di gruppo di esperti commissionato dal GMC, con un compito specifico da assolvere e estranea, appunto, al vero e proprio impianto istituzionale del Mercosur (58).

La prima riunione della REMA ha avuto luogo solo nel novembre del 1993 (59) e ad essa ne hanno fatto seguito altre quattro (60). Obiettivo che essa si pone è di contribuire a stabilire in materia ambientale le condizioni per un'adeguata concorrenza tanto tra gli Stati membri del Mercosur, quanto tra quest'ultimo e il resto del mondo. Tale affermazione pare tradire una concezione « mercantilistica » della competenza ambientale, che d'altronde è comune ai primi stadi si sviluppo di diverse organizzazioni d'integrazione regionale, il cui fine prioritario — cui le varie azioni dell'ente sono subordinate — è appunto quello di garantire la competitività dei prodotti originari del mercato comune. Nella sua prima riunione i quattro Stati membri elaborano un programma di lavoro (61) che appare subito molto ambizioso

---

(57) Occorre inoltre notare che la REMA viene concepita come organo transitorio, le cui attività avrebbero dovuto cessare al 31 dicembre 1994, momento in cui il Mercosur avrebbe dovuto entrare nella fase definitiva di unione doganale.

(58) VILLEGAS, *op. cit.*, *supra*, nota 48, p. 458.

(59) Montevideo, 29-30 novembre 1993 (REMA Acta I/93, in *BILA*, n. 12, gennaio-marzo 1994).

(60) Buenos Aires, 5-7 aprile 1994 (REMA Acta II/94, in *BILA*, n. 13, aprile-giugno 1994); Brasilia, 27-29 giugno 1994 (REMA Acta III/94, in *BILA*, n. 14, luglio-settembre 1994); Asunción, 5-7 ottobre 1994 (REMA Acta IV/94, in *BILA*, n. 15, ottobre-dicembre 1994); Montevideo, 17-18 novembre 1994 (REMA Acta V/94, *ibidem*). Già nella sua prima riunione la REMA aveva deciso di riunirsi trimestralmente fino alla fine del periodo transitorio (dicembre 1994).

(61) « *Identificar y consuensar los criterios generales y operativos para el tratamiento de la cuestión ambiental en el ambito del Mercosur; formular y proponer directrices básicas en materia de politica ambiental que contribuyan al desarrollo de una gestión concertada entre los Estados Partes; coordinar y orientar los trabajos relativos a la temática ambiental que están siendo desarrollados en los Subgrupos de Trabajos del GMC; identificar y analizar, con el cuncurso de los distintos Subgrupos de Trabajo del GMC, los Actos Internacionales que traten aspectos ambientales y que guarden relación directa con los objetivos del Mercosur, para la formulación de propuestas a los fines de la internacionalización armónica de sus principios, mecanismos y procedimientos en los Estados Partes; promover la incorporación de los aspectos*

rispetto all'organo cui è affidato: la REMA funziona più come momento di discussione che come organo capace di incidere in modo sostanziale sull'evoluzione politica e giuridica del Mercosur. In altre parole, la REMA rappresenta sì un passo positivo per il trattamento della questione ambientale all'interno del Mercosur, in quanto per la prima volta si riconosce una certa autonomia a tale questione (che pertanto non rappresenta più solo un tema periferico affrontato marginalmente e in modo settoriale da organi titolari di competenze in ambiti diversi). Tuttavia essa costituisce altresì un inizio timido e quasi in sordina, sia per la congenita debolezza della sua struttura, che per incapacità dei suoi membri di trasformarla in un organo strategico di proposta e indirizzo (62). I risultati dei lavori delle cinque riunioni della REMA — così come si può constatare dagli atti — sono infatti piuttosto deludenti rispetto al programma che essa si era data all'inizio delle sue attività.

Costituisce una parziale eccezione a quanto detto sopra la raccomandazione al GMC di approvare le *directrices básicas en materia ambiental* (63). Si tratta di 11 linee-guida per un'azione

---

ambientales en los projectos regionales de cooperación internacional en el ámbito del Mercosur; analizar la legislación ambiental vigente en los Estados Partes en base a criterios consuensuados en la REMA que permitan: la identificación de la legislación a ser estudiata, la detección de las posibles asimetrías o tratamientos diferentes y la propuesta de adopción de criterios comunes para el tratamiento del tema; identificar y proponer acciones de mejoramiento ambiental que guarden relación con los objetivos del Mercosur; promover la realización de actividades de apoyo para la gestión ambiental, cuyo tratamiento recayese en más de un área del Mercosur, tal los casos de educación, información etc. » (REMA Acta I/93, in *BILA*, n. 12, gennaio-marzo 1994).

(62) La REMA appare troppo dipendente dai lavori dei SGT, che risultano naturalmente settoriali; essa non riesce né ad affrontare un serio lavoro di analisi nelle aree lasciate scoperte dai SGT, né a fondere i risultati già da questi elaborati in un quadro complessivo, che costituisca la base per l'azione ambientale del Mercosur (cfr. VILLEGAS, *op. cit.*, p. 461). Non sembra inoltre estranea all'interno del Mercosur una sorta di concorrenza tra i soggetti preposti all'analisi della materia ambientale — generata probabilmente dall'iniziale confuso sovrapporsi di competenze incrociate — che di certo non favorisce l'efficacia dei lavori (cfr. REMA Acta II/94, punto 12). Un ex-ministro dell'ambiente del Brasile avrebbe dichiarato che la REMA e le sue iniziative non erano altro che « *empty rethoric* » (citato in lingua inglese da BLUM, *op. cit., supra*, p. 445).

(63) Raccomandazione REMA 1/94, in *BILA*, n. 14, luglio-settembre 1994. Il GMC approverà effettivamente le linee guida con la risoluzione 10/94, *ibidem*.

comune in materia ambientale (64), che mantengono l'impronta molto prudente, che già aveva caratterizzato l'approccio seguito precedentemente dal Mercosur. Tuttavia, soprattutto grazie al fatto di essere state formalmente approvate dal GMC, tali linee guida costituiscono il primo strumento giuridico ufficiale (e uno dei pochi) adottato dal Mercosur in materia ambientale e la base per la sua azione futura (65). Come è stato però osservato, queste linee guida « were supposed to be the backbone of a joint environmental strategy, but were far from constituting an environmental agenda per se » (66). L'impressione che se ne ricava è piuttosto quella di una dichiarazione d'intenti la cui applicazione è resa difficile dalla mancata indicazione di mezzi e di procedure adeguati (67).

Nel giugno del 1995, i Ministri dell'ambiente degli Stati membri del Mercosur, riuniti a Montevideo, proposero di trasformare la REMA in un SGT, il 6°. Le ragioni di tale scelta furono numerose: l'evidente inadeguatezza della struttura della REMA per affrontare una tematica orizzontale a tutto il processo d'integrazione; la presa di coscienza che l'esame della questione ambientale non poteva esaurirsi con la fine del periodo transitorio, quasi che essa fosse funzionale soltanto all'eliminazione delle restrizioni tariffarie e non tariffarie; l'esigenza della continuità dei lavori e di una maggiore istituzionalizzazione della struttura preposta all'esame delle questioni ambientali. Tale evoluzione — ci pare — conferma quella tendenza tipica delle organizzazioni economiche regionali che vede nell'approfondimento della politica ambientale un movimento parallelo al procedere

---

(64) Si veda Allegato 1.

(65) Cfr. Inter-Agency Technical Committee of the Forum of Ministers of the Environment of Latin America and the Caribbean, *The Environment and Free Trade in Latin America from the Perspective of the Free Trade Area of the Americas (FTAA)*, Mexico City, February 2000, doc. UNEP / LAC-IGWG.XII/TD.9, p. 88. Secondo tale documento le linee guida delle risoluzione 10/94 costituiscono « *an authentic regulatory framework, albeit of a general nature* ».

(66) TUSSIE & VASQUEZ, *The FTAA, Mercosur and the Environment*, presentation at the Trade and the Environment in the Americas Conference (University of California, Los Angeles, 11 April 1997), citato in VILLEGAS, *op. cit.*, *supra*, nota 48, p. 461.

(67) MARCHISIO (*Integrazione*, cit., *supra*, nota 48, p. 229) sottolinea come le direttive costituiscano principi e criteri programmatici che richiedono l'adozione di misure ulteriori per il loro recepimento nei diritti dei Paesi Parte.

dell'integrazione. Nella « dichiarazione del Taranco », approvata dai Ministri dell'ambiente nella riunione di Montevideo, non solo si affermò la necessità di non interrompere il lavoro fatto fino ad allora in campo ambientale, ma addirittura si riconobbe a questo tema lo stesso rango riconosciuto alle altre politiche fin dalla firma del Trattato di Asunción (68).

Gli obiettivi che il SGT 6 si propone di raggiungere — elaborati nel corso della sua prima riunione nell'ottobre del 1995 (69) — sono ambiziosi: promuovere lo sviluppo sostenibile, evitare la creazione di distorsioni o di nuove restrizioni al commercio, realizzare studi e promuovere azioni per la prevenzione dell'inquinamento e del degrado ambientale e per il miglioramento della qualità dell'ambiente, proporre misure ambientalmente efficaci ed economicamente efficienti. Come si può constatare, è notevole l'evoluzione dal semplice obiettivo della preservazione dell'ambiente, contenuto nel preambolo del Trattato di Asunción, a questo elenco di fini prioritari. Mentre in un primo tempo ci si poneva in un'ottica di pura preservazione dello *status quo*, ora gli organi del Mercosur si prepongono obiettivi che comportano un intervento positivo: azione di prevenzione, miglioramento della qualità ambientale e promozione di schemi di sviluppo sostenibile.

Tuttavia quest'impressione positiva deve essere ancora una volta bilanciata con considerazioni di segno inverso. Se la nuova struttura dell'organo deputato all'analisi della questione ambientale ha senz'altro contribuito ad aumentare la visibilità di quest'ultima all'interno del Mercosur, in realtà l'agenda dei lavori non registra sostanziali novità rispetto a quanto intrapreso dalla REMA, con la quale il SGT 6 si situa in una linea di continuità (70): eliminazione e armonizzazione delle restrizioni non tarif-

---

(68) I Ministri « *entendien necesario que la temática ambiental sea incluida en el más alto nivel de discusión* » (par. 4 della dichiarazione; la « *Dichiarazione del Taranco* » è consultabile sul sito *http://www.medioambiente.gov.ar*). La decisione dei Ministri verrà formalizzata con risoluzione 20/95 del GMC dell'agosto 1995 (*BILA*, n. 17, maggio-dicembre 1995), che ristruttura l'impianto istituzionale del Mercosur per quanto riguarda SGT, Riunioni Specializzate e Gruppi *ad hoc*.

(69) SGT 6, Acta 1/95 (gli atti del SGT 6 sono consultabili alla pagina *web*: *http://www.medioambiente.gov.ar/*).

(70) Cfr. VILLEGAS (*op. cit.*, *supra*, nota 48, pp. 462-3) secondo il quale « *The Special Working Group on Environment has not promised a departure from*

farie di carattere ambientale, individuazione in materia ambientale di condizioni di adeguata concorrenza sia all'interno del Mercosur che tra questo e Paesi terzi, sviluppo di un sistema di informazione ambientale, elaborazione di uno strumento giuridico ambientale per il Mercosur (71). Soprattutto, è significativo notare che il SGT 6 aveva proposto di inserire tra i propri compiti due azioni di estrema importanza, ma esse non vennero accolte dal GMC (72). Si tratta in primo luogo della stretta collaborazione con gli altri SGT al fine di favorire l'incorporazione di misure e pratiche di gestione ambientale nelle varie attività economiche; in altre parole, il SGT 6 sollecitava gli altri organi del Mercosur a mantenere uno stretto scambio di informazioni con esso ogni volta che avessero affrontato questioni con risvolti di carattere ambientale. Il fatto che il GMC non abbia recepito questo punto conferma — a nostro avviso — la resistenza da parte dei membri dell'organizzazione a percepire la questione ambientale come una tematica orizzontale e a superare quindi il trattamento settoriale della stessa, che costituisce uno degli ostacoli principali allo sviluppo di una politica ambientale efficace del Mercosur. In secondo luogo viene respinta la proposta che riguardava la concertazione di posizioni comuni degli Stati membri del Mercosur nei fori internazionali ove si discuta di ambiente, in particolare là dove gli strumenti adottati possono avere riflessi sul processo di integrazione nel Mercosur. Mettere a punto posizioni comuni tanto per i negoziati che per l'applicazione degli accordi internazionali in materia di ambiente veniva considerato dal SGT 6 un mezzo eccellente per rafforzare e consolidare il Mercosur sulla scena internazionale, quale soggetto di cui tener conto nei negoziati. Probabilmente questo obiettivo venne giudicato troppo impegnativo per Stati come Argentina e

---

the previous role of the REMA and a movement towards a more ambitious Mercosur environmental policy... It is likely that Mercosur SWG on Environment will continue its slow and casual approach to trade and environment... The weakness of the SWG and the lack of institutions dedicated to environmental quality and resources management underscore a continued reluctance to deal effectively with the environment ».

(71) Forse solo quest'ultimo punto costituisce un elemento di novità considerevole, ma la sua trattazione andrà incontro ad un sostanziale fallimento (v. *infra*).

(72) Risoluzione GMC 38/95, in *BILA*, n. 17, maggio-dicembre 1995.

Brasile che volevano mantenere la loro libertà di manovra nell'arena internazionale, per quanto episodi come la Dichiarazione di Canela avessero fatto ben sperare per la nascita di un blocco compatto dell'America Latina in materia ambientale (73).

L'eliminazione dal programma di lavoro del nuovo SGT 6 di alcuni punti che avrebbero potuto contribuire a dare « un'identità ambientale » all'organizzazione regionale ha dunque minato in qualche modo il progresso costituito dal mutamento istituzionale (74). A questo avrebbe infatti dovuto accompagnarsi

---

(73) Si veda d'altronde anche il « *Programa de acción del Mercosur hasta el año 2000* » (decisione CMC 9/95, adottata il 6 dicembre 1995), dove si dice: « *La inserción internacional del Mercosur come Unión Aduanera impone una creciente coordinación de las posiciones a sostener en los foros internacionales* » (punto II). Manca tuttora una comune posizione degli Stati membri del Mercosur e, più in generale, degli Stati dell'America Latina, nei fori ambientali internazionali. Un esempio per tutti è rappresentato dal protocollo di Kyoto: in materia di cambiamento climatico le posizioni dei paesi dell'America Latina restano parecchio distanti tra loro, come è emerso alla sesta Conferenza delle Parti della Convenzione Quadro delle Nazioni Unite, svoltasi all'Aja nel novembre 2000. Mentre l'Argentina, con l'appoggio dell'Uruguay e del Cile, spingeva per la creazione di una posizione comune della regione America Latina e Caraibi (gruppo noto sotto l'acronimo di GRULAC) sulle materie oggetto del negoziato, gli interessi dei rispettivi paesi sono lungi dall'essere coincidenti. I paesi caraibici, minacciati dall'innalzamento del livello del mare, premono per un'applicazione immediata del Protocollo di Kyoto; il Venezuela, Stato leader della regione nell'esportazione di petrolio, si oppone ad una drastica riduzione dei limiti delle emissioni inquinanti; il Brasile non intende sacrificare il proprio sviluppo economico per rallentare il riscaldamento della terra, mentre Argentina, Uruguay e Cile, per quanto rassicurati dai propri livelli di emissione di gas ad effetto terra relativamente bassi, esprimono preoccupazione per i danni che potrebbero loro derivare dal cambiamento climatico (cfr. VALENTE, *Latin America: A United Front against Climate Change?*, briefing note of the Third World Network, 9 gennaio 2001) (tuttavia si segnala che, nella riunione del SGT 6 dell'aprile 2001, le delegazioni di Argentina, Brasile e Paraguay — l'Uruguay era assente — hanno espresso « *el interés de sus gobiernos en consolidar y articular una posición común de la Región en particular con relación al Protocolo de Kyoto* », Acta 2/2001, punto 1). Lo stesso scarso coordinamento regionale vale per l'OMC, per la quale è stato notato che « *to date, the participation of the Mercosur member nations in the centre of the WTO has had a basically national profile* » (doc. UNEP/LAC-IGWG.XII/TD.9, cit., *supra*, nota 65, p. 96). Il SGT 6 non ha rinunciato a dedicare parte dei suoi lavori all'agenda internazionale in materia ambientale, ma questo punto dell'ordine del giorno costituisce più una rassegna degli avvenimenti in corso che non un momento di concertazione o armonizzazione delle rispettive posizioni delle delegazioni (cfr. SGT 6 Acta 2/96, punto 7; Acta 6/97, punto 6; Acta 7/97, punto 7.5; Acta 2/98, punto 7).

(74) Si ricorderà qui incidentalmente che non venne recepita neppure una

un approfondimento dell'analisi e un ampliamento delle competenze dell'organo che invece si è verificato solo in parte, facendo così della trasformazione della REMA in SGT 6 più un mutamento di immagine che di sostanza.

5. A dieci anni dalla creazione del Mercosur non è ancora possibile affermare con certezza che esista una vera e propria politica ambientale comune dell'organizzazione latino-americana e la stessa dottrina è divisa sul punto (75). Tali dubbi sono giustificati — ci sembra — dall'esiguità degli aspetti ambientali venuti in considerazione in seno agli organi del Mercosur e dalla loro scarsa rilevanza, nonché dal tipo di trattazione squisitamente settoriale che è stata loro accordata (76). Un salto di qualità avrebbe potuto essere compiuto — come si vedrà in seguito — dall'approvazione di uno strumento giuridico vincolante in materia. Ma anche questo passo è stato rimesso in discussione.

a) *Restrizioni non tariffarie*. — Tra i primi compiti cui si dedica il SGT 6 a partire dalla sua creazione c'è la prosecuzione

---

proposta brasiliana volta ad includere tra le competenze del SGT 6 anche l'elaborazione di una strategia per l'uso sostenibile delle risorse ittiche del Mercosur.

(75) Leila Ollaik, coordinatrice brasiliana all'interno del SGT 6, non esita a sostenere che tale organo sussidiario del GMC sia preposto all'elaborazione di una vera e propria politica ambientale comune (cfr. OLLAIK, *Breve texto explicativo acerca da estruturação e funcionamento do SGT 6/Mercosul - Subgrupo de Trabalho Meio Ambiente do Mercado Comun do Sul*, relazione alla II Reunião Especializada preparatoria a Ecosur 2000, 29-30 maggio 2000, Curitiba, Brasile). Secondo DRNAS DE CLÉMENT (*Relaciones*, cit., *supra*, nota 28, p. 157), per quanto non si possa parlare di una politica ambientale comune, tuttavia i lavori della REMA prima e del SGT 6 poi hanno disegnato le basi per la formazione di tale politica comune. Infine, secondo CAMARGO VIEIRA (*op. cit.*, *supra*, nota 48, p. 343) « *Although no environmental common policy or legislation has yet been defined within the Mercosur structure and although the four member countries' individual environment protection policies are far from homogenous, environmental protection can be seen as part of its legal objective [...] There is no doubt that a common policy on environment will be adopted in the long run* ».

(76) Nella sua ultima riunione straordinaria (13 e 14 marzo 2001) il SGT 6 ha fissato la propria agenda dei mesi successivi: oltre ad alcuni dei temi ancora pendenti tra quelli che verranno di seguito descritti, il SGT 6 si occuperà anche di: gestione integrata dei residui di porti, aeroporti e posti di frontiera; destinazione degli pneumatici usati; gestione eco-compatibile di sostanze e prodotti chimici; gestione eco-compatibile dei contenitori di liquidi.

del processo di valutazione delle restrizioni non tariffarie esistenti nel commercio intra-regionale, volto alla eliminazione di tali misure, o alla loro armonizzazione qualora il mantenimento fosse parso indispensabile per la protezione di interessi superiori, quale la protezione della vita di persone, animali e vegetali. Il metodo seguito è piuttosto discutibile: si è scelto di compilare una lista di tutte le misure oggetto di revisione (77), divise in due categorie « da eliminare » e « da armonizzare », senza un criterio chiaro di differenziazione tra le due. Tale lista è stata oggetto di continue revisioni nonostante vigesse la clausola di *stand still*, con la conseguenza che il processo interminabile di aggiustamento ne ha complicato ulteriormente l'esecuzione, oltre che compromesso la trasparenza (78).

L'approccio definitivo seguito dal SGT 6 è stato nel senso della più ampia giustificazione possibile delle misure sottoposte alla sua valutazione, con la decisione di mantenerne in vigore la quasi totalità sulla base della necessità di proteggere l'ambiente e in particolare di conservare le risorse naturali degli Stati parte. Il dibattito sul rapporto tra commercio e ambiente, dibattito quanto mai contrastato a livello internazionale (79), ha dunque

---

(77) Si vedano gli Allegati I e II della decisione CMC 3/94, in *BILA*, n. 14, luglio-settembre 1994. La lista originaria conteneva 225 restrizioni non tariffarie all'importazione e 52 restrizioni non tariffarie all'esportazione.

(78) Il processo di analisi di tali misure ha impegnato il SGT 6 per oltre tre anni, concludendosi soltanto nell'ottobre 1999, ed esso ha visto in taluni casi uno scontro aperto tra le delegazioni circa la giustificazione di misure che alcuni Stati percepivano più come un ostacolo al commercio che uno strumento per tutelare interessi ecologici. Si veda in particolare l'aspro dibattito sulla misura 46 — un divieto del Paraguay di esportare talune categorie di piante (Decreto 5.463 del 1991, Decreto 18.105 del 1993, Decreto Ley 402 del 1985), in Acta SGT 6 - 1/98, punto 5.

(79) Ci si riferisce in particolare al dibattito suscitato dalle decisioni degli organi dell'OMC sul tema. Nell'abbondante letteratura in materia si vedano, ad esempio, SCHOENBAUM, *Free International Trade and Protection of the Environment: Irreconciliable Conflict?*, in *American Journal of International Law*, 1992, p. 700; BROWN WEISS, *Environment and Trade as Partners in Sustainable Development: A Commentary*, *ibidem*, p. 728; LEVIN, *The Environment and Trade: A Multinational Imperative*, in *Minnesota Journal of Global Trade*, 1992, p. 231; LALLAS, ESTY, VAN HOOGSTRAATEN (eds.), *Environmental Protection and International Trade*, in *Harvard Environmental Law Review*, 1992, p. 271; ZAELKE, ORBUCH, HOUSMAN (eds.), *Trade and the Environment. Law, Economics and Policy*, Washington, 1993; ESTY, *Greening the Gatt: Trade, Environment and Future*, Washington,

trovato una forte eco anche all'interno del Mercosur, trovando soluzione, almeno nei lavori del SGT 6, a favore del secondo. In un'organizzazione regionale che pone la liberalizzazione del commercio tra gli Stati membri come obiettivo prioritario e nella quale, almeno inizialmente, non c'era spazio per considerazioni di natura ambientale, necessariamente dovevano prima o poi venire a confronto i temi del commercio e dell'ambiente. Quanto la priorità data a quest'ultimo si spieghi con una genuina volontà di garantire un utilizzo accorto delle risorse naturali e la protezione del delicato ecosistema latino-americano e non invece con tentazioni protezionistiche mai sopite, nonostante la costruzione del mercato comune, è difficile da stabilire sulla base degli atti delle riunioni del SGT 6. Probabilmente le due considerazioni hanno egualmente contribuito alla proposta finale, facendo in ogni caso presente agli altri organi del Mercosur la necessità di tenere in conto anche la tematica ambientale nella trattazione di quella puramente commerciale.

b) *Il Sistema di Informazione ambientale del Mercosur*. — Altro compito del SGT 6 è stato l'elaborazione di un Sistema di Informazione Ambientale del Mercosur (SIAM). Lo scopo era quello di disporre di un insieme di informazioni integrate e quanto più complete possibile in materia ambientale a livello regionale. In particolare il SIAM dovrebbe comprendere informa-

---

1994; ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, Comité du Commerce et de l'Environnement, *Élimination des restrictions et distorsiones au commerce international et protection de l'environnement*, 1995, doc. WT/CTE/W/1; MIGLIORINO, *Le eccezioni « ambientali » ai principi del Gatt nella prassi dei* panels, in *Diritto del commercio internazionale*, 1997, p. 673; MEIER, *Gatt, WTO and the Environment. To What Extent to Gatt/WTO Rules Permit Member State to Protect the Environment when Doing so Adversely Affects Trade*? in *Colorado Journal of International Environmental Law*, 1997, p. 241; SCHOENBAUM, *International Trade and Protection of the Environment: The Continuing Search for Reconciliation*, in *American Journal of International Law*, 1997, p. 268; FRANCIONI, *La tutela dell'ambiente e la disciplina del commercio internazionale*, in S.I.D.I., *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della OMC*, atti del II convegno della S.I.D.I., Milano, 5-6 giugno 1997, Napoli, 1998, p. 147; RUGMAN, KIRTON, SOLOWAY (eds.), *Trade and the Environment — Economic, Legal and Policy Perspectives*, Cheltenham, Northampton, 1998; WTO, *Trade and the Environment*, preparatory document to the High Level Symposium on Trade and Environment, 15-16 March, 1999.

zioni circa autorità e specialisti in materia ambientale, atti e documenti di riunioni, norme ambientali e misure di carattere ambientale restrittive del commercio, misure di lotta al traffico illecito di flora e fauna, tecnologie ambientali disponibili ecc. Lo sviluppo e l'applicazione di tale sistema — che richiede, tra l'altro, anche un tipo di gestione informatizzata (si pensi alle banche dati) — ha subito incontrato alcune difficoltà, relative sia al finanziamento, sia alla scarsa compatibilità tra i sistemi di informazione nazionali o sub-nazionali già funzionanti (80) e alla notevole diversità tra le tecnologie utilizzate nei vari paesi. La volontà degli Stati non è d'altra parte sembrata quella di creare un unico sistema centralizzato, bensì di mantenere i rispettivi sistemi nazionali e di fare confluire le informazioni pertinenti al Mercosur (81). Così come nel caso dell'armonizzazione delle legislazioni, anche per il sistema di informazione ambientale si tratta più che altro di un sistema di coordinamento volto ad evitare le maggiori asimmetrie, che in questo caso sono costituite dalle diverse metodologie di raccolta delle informazioni e dalla incompatibilità dei dati raccolti.

c) *Concorrenza e ambiente*. — Il tema del rapporto tra concorrenza e protezione ambientale è stato trattato dal SGT 6 in modo molto settoriale, con riferimento a tre diversi aspetti: la certificazione ISO 14.000 (*standard* di qualità per prodotti e processi produttivi) (82), il marchio di qualità ambientale per i

(80) Si ricorda, ad esempio, il SIAN argentino (Sistema de Información Ambiental Nacional) e il SINIMA brasiliano (Sistema Nacional de Informação o Meio Ambiente) del quale fa parte la RENIMA (Rede Nacional de Informação Ambiental).

(81) Si veda in particolare Acta SGT 6 - 7/97, punto 3.

(82) Nel 1990 l'International Organization for Standardization (ISO), un'organizzazione privata che opera nel settore industriale, aveva messo a punto la « ISO 9000 Quality Management System series of standards », uno strumento volontario di gestione ambientale, col quale certificare la qualità ambientale di prodotti e servizi. Successivamente venne elaborata la serie ISO 14000. Come è noto, all'interno dell'Unione europea è invece stato adottato un sistema diverso, l'Environmental Management and Audit Scheme (EMAS, v. regolamento n. 1836/93 del 29 giugno 1993, *GUCE*, n. L 168 del 10 luglio 1993), più severo rispetto alla serie ISO 14000. Per maggiori approfondimenti, cfr. PALOMARES-SOLES e THIMME, *Environmental Standards: EMAS and ISO 14001 Compared*, in *European Environmental Law Review*, 1996, p. 248.

prodotti del Mercosur (*sello verde*) (83) e un progetto di gestione ambientale e sviluppo di tecnologie pulite rivolto alle piccole e medie imprese. Rispetto a questi temi può riscontrarsi nel Mercosur un approccio molto pragmatico (84). Da un lato, l'applicazione di *standard* di qualità ambientale a prodotti e processi produttivi da parte di Paesi terzi viene visto come un possibile ostacolo dissimulato al commercio internazionale (tanto che gli Stati del Mercosur dichiarano di voler vegliare su questo tema all'interno degli appositi organismi dell'OMC) (85); tuttavia, dall'altro, viene promossa, per quanto con cautela, l'applicazione della certificazione per i prodotti interni destinati all'esportazione e si tenta di uniformare le procedure onde assicurare condizioni imparziali di concorrenza all'interno dell'organizzazione regionale. Quindi, mentre da una parte si condanna il possibile effetto discriminatorio della certificazione ambientale, dall'altra si cerca di minimizzarne gli effetti adottandola quando possibile agli obiettivi perseguiti.

d) *Il traffico illecito di legname*. — Nel marzo del 1998, ad oltre due anni dalla creazione del SGT 6, viene all'attenzione di quest'ultimo — su iniziativa paraguayana — un problema ambientale concreto che colpisce gli Stati membri: quello della deforestazione, sotto il profilo più specifico del traffico illecito di legname nelle zone di frontiera. Come si noterà, si tratta di un momento importante tanto per il SGT 6, quanto per l'intera politica ambientale in via di elaborazione all'interno dell'organizzazione regionale. Non solo per la prima volta — come si accennava prima — gli Stati membri affrontano nella sede deputata al

(83) Il *sello verde* costituisce un sistema volto a certificare quei prodotti o servizi che sono prodotti o offerti con il minimo impatto ambientale possibile. Oltre che essere uno degli strumenti per garantire uno sviluppo sostenibile, esso costituisce anche un meccanismo di mercato, in quanto, con il diffondersi della coscienza ambientale collettiva, maggiore preferenza verrà accordata a quei prodotti che beneficiano del *sello verde* (cfr. DRNAS DE CLÉMENT, *Mercosur*, cit., *supra*, nota 48, p. 353). Tale sistema è già stato adottato da numerosi Stati; qui si ricorderà quello introdotto dalla Comunità europea, con il Regolamento CEE/880/92 del 23 marzo 1992 concernente un sistema comunitario di assegnazione di un marchio di qualità ecologica (in *GUCE*, n. L 99 dell'11 aprile 1992, p. 1).

(84) Cfr. doc. UNEP/LAC-IGWG.XII/TD.9, cit., *supra*, nota 65, p. 99.

(85) Si veda Acta 1/98, punto 4.2.

trattamento delle questioni ambientali un problema ecologico che li colpisce direttamente (86). Ma il SGT 6 e, più in generale, il quadro giuridico offerto dal Mercosur, vengono individuati come il contesto che deve favorire una soluzione concertata di problemi ambientali comuni. Se si pensa ai contrasti intercorsi nel passato tra gli Stati ora membri del Mercosur, gli attuali sviluppi costituiscono senz'altro un cambiamento di approccio sostanziale. È vero che il più ampio problema della deforestazione viene qui affrontato in un suo aspetto specifico — il traffico illecito di legname — che mantiene un carattere commerciale; tuttavia la dimensione ambientale sembra inequivocabilmente prevalente.

Ancora una volta, però, l'impressione di un progresso sulla via dell'attribuzione al Mercosur di una vera competenza ambientale doveva venire smentito. Quando, nel marzo del 1999 un rappresentante della Federación Paraguayana de Madereros ha chiesto che il SGT 6 si adoperi per garantire un'applicazione efficace dell'accordo esistente tra Brasile e Paraguay in materia di cooperazione per combattere il traffico illecito di legname (87),

---

(86) Si sarà notato — come emerge dalla trattazione precedente — che il SGT 6 aveva finora prevalentemente affrontato temi di carattere ora tecnico (le restrizioni non tariffarie), ora programmatico (la creazione di un sistema di informazione ambientale, incoraggiamento all'adozione di un sistema di certificazione ambientale).

(87) Si tratta di un accordo firmato a Brasilia il 1° settembre 1994 tra i governi paraguayano e brasiliano (riportato integralmente nell'Allegato VI.a, Acta 1/2000 SGT 6) con il quale le parti contraenti si impegnavano ad adottare misure preventive e procedimenti amministrativi per frenare e sanzionare il traffico illecito (art. 2). L'accordo stabiliva altresì che, in caso di commercio in violazione delle disposizioni vigenti in materia di esportazione e traffico di legname, il materiale, bloccato alla frontiera, dovesse essere rinviato all'autorità competente dello Stato di origine o, in caso di mancato ritito, requisito dal secondo Stato (art. 3). Per rafforzare i controlli alle frontiere, le autorità doganali delle Parti Contraenti si impegnavano a scambiarsi informazioni relative all'importazione, esportazione e transito dei prodotti originari dei rispettivi paesi (art. 7). Significativo l'art. 9, che stabilisce che « *[l]as autoridades ambientales [...] intercambiarán informaciones técnicas y estudiarán formas que permitan el establecimento de una cooperación constructiva y mutualmente vantajosa, con el objetivo de un uso racional de los recursos naturales renovables en ambos países* ». Per quanto riguarda le legislazioni interne in materia di risorse forestali, quelle degli Stati membri del Mercosur non presentano differenze rilevanti, essendo simili i concetti e gli strumenti giuridici previsti (cfr. GRUPO Y'GUAZÚ, *op. cit.*, p. 33 ss.). In particolare, v. in Paraguay la Ley n. 816 del 20

la delegazione brasiliana ha reagito con particolare fermezza, sostenendo che, poiché la questione aveva carattere esclusivamente bilaterale, essa doveva essere trattata come tale, quindi al di fuori del SGT 6: solo così si sarebbe facilitato il raggiungimento di una soluzione. Tale atteggiamento appare una sorta di « delegittimazione » del SGT 6 quale organo per la soluzione concertata delle questioni ambientali comuni (a tutti o ad alcuni) degli Stati membri, funzione che invece le delegazioni nazionali avevano auspicato nel corso delle precedenti riunioni. La questione verrà effettivamente trattata al di fuori del SGT 6 e in questa sede si darà solo conto dei progressi (88).

Nel settembre 2000 il SGT 6 indirizzerà al GMC una raccomandazione in materia di traffico illecito di legname (89) nella quale si ribadisce che la conservazione e l'uso sostenibile delle risorse forestali costituiscono un interesse comune degli Stati parte del Mercosur e che tali Stati intendono ampliare la cooperazione nelle zone di frontiera per combattere il fenomeno del traffico illecito di legname. Recentemente in seno al SGT 6 si è registrata una divergenza di posizioni tra il Brasile, che vorrebbe eliminare il tema del traffico illecito di legname dall'agenda dell'organo e il Paraguay, appoggiato dall'Argentina, che invece vorrebbe estenderne la trattazione anche ad altre risorse naturali.

e) *Gli illeciti ambientali.* — Nel dicembre del 1999 il CMC aveva approvato il « Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional » (90), che

---

agosto 1996 (riportata nell'Allegato VI.a, Acta 1/2000 SGT 6) e in Brasile il Código Forestal adottato con Lei Federal n. 4.771 del 15 settembre 1965 (cfr. LEME MACHADO, *op. cit.*, *supra*, nota 25, p. 696 ss.).

(88) Acta 2/99, punto 8.

(89) Racc. SGT 6 n. 1/2000, Acta 3/2000, Allegato 7.c. È interessante notare che prima di passare alla sua approvazione, alcune delegazioni in seno al SGT 6 vollero procedere a consultazioni interne, giustificandosi in base al fatto che essa coinvolgeva diverse aree governative. Questo episodio mostra — ci sembra — la scarsa autonomia decisionale del SGT 6 e l'onnipresenza degli interessi nazionali nel processo decisionale del Mercosur, anche qualora si tratti soltanto dell'approvazione di una raccomandazione (di per sé non vincolante) da parte di un Sottogruppo di Lavoro, indirizzata peraltro non agli Stati membri, ma ad un organo interno all'organizzazione — nella fattispecie, il GMC — che rimane libero di decidere quale seguito dare all'atto.

(90) Decisione CMC 22/99, 7 dicembre 1999 (in *Boletín Oficial del Merco-*

prevedeva un apposito capitolo, il terzo, dedicato agli illeciti ambientali (91), elaborato da un apposito « Gruppo di Lavoro Specializzato », organo sussidiario della « Sottocommissione di seguito e controllo dei piani per la sicurezza e altri accordi ». In tale documento si auspicava l'elaborazione di un piano di azione specifico per la protezione dell'ambiente e la cooperazione in caso di emergenze ambientali; il miglioramento delle attività di prevenzione e repressione e di recupero ambientale; l'esecuzione periodica di operazioni simultanee di controllo, per individuare eventuali illeciti in materia di biodiversità, in particolare per quanto riguarda la flora e la fauna, il loro traffico illegale, il traffico di rifiuti pericolosi e di materiale nucleare; l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri, il rafforzamento della cooperazione e l'ottimizzazione dell'applicazione degli strumenti giuridici ambientali in particolare nelle zone di frontiera. Sulla base di questi obiettivi era poi stato redatto un Piano Operativo Annuale (92). Come si può constatare, si tratta di un approccio pragmatico e non giuridico al problema degli illeciti ambientali, dei quali peraltro non viene neppure fornita una definizione. Il fine, cioè, pare essere il coordinamento dell'azione degli Stati membri in caso di compimento di illeciti ambientali o il verificarsi di emergenze ambientali e non l'applicazione di principi quale quello « chi inquina paga » o il delineamento di un preciso regime di responsabilità per danno ambientale (93).

Il SGT 6 si limita a prendere atto ed esprimere il suo consenso su tale piano operativo. Non può che destare stupore il fatto che il Gruppo di Lavoro Specializzato non sia stato creato al suo interno e che il SGT 6 non sia stato coinvolto nella fase di

---

sur — in seguito: *BOM* — n. 13, 1999). Esso intende essere uno strumento per favorire la cooperazione tra gli Stati membri nel fronteggiare le nuove sfide della criminalità, che, in seguito al fenomeno della globalizzazione e all'approfondirsi dell'integrazione, assume crescenti caratteristiche transnazionali.

(91) Gli altri rischi per la sicurezza della regione sono, secondo il Piano, il narcotraffico, il terrorismo, il traffico di minori, il contrabbando, il furto di automobili, il crimine organizzato, l'immigrazione clandestina.

(92) SSC/AMB Acta 1/2000, riportato nell'Allegato VII.a, Acta SGT 6 1/2000.

(93) Si noti quindi la diversità rispetto all'approccio seguito dalla Comunità europea: cfr. Commissione delle Comunità europee, *Libro bianco sulla responsabilità per danni all'ambiente*, 9 febbraio 2000.

elaborazione e redazione, tanto più che alcuni dei punti elencati nel piano operativo riguardano aspetti già presi in considerazione dal SGT 6 (94). Quanto al contenuto del capitolo III del Piano Generale sulla Sicurezza, esso appare piuttosto generale e tale genericità può pregiudicare un'efficace repressione degli illeciti. Là dove vengono elencate le categorie principali di illeciti ambientali, non si accenna neppure, ad esempio, a fenomeni di inquinamento massiccio e di contaminazione di suolo, aria e acqua, che pure potrebbero prendere una dimensione transnazionale. Il piano operativo pare rimediare a questa lacuna, ma certo molto dipenderà dalla sua attuazione concreta. Tanto dal Piano Generale come da quello operativo emerge la necessità, sentita dagli Stati membri, di coordinarsi nei metodi di lavoro quanto alla determinazione degli illeciti e questa priorità pare andare a scapito di un esame più attento dei crimini da perseguire.

f) *Le emergenze ambientali.* — Un altro tema che ha impegnato il SGT 6 dal 1998 è quello delle emergenze di carattere ambientale (95). La necessità di trattare questo tema nasce dalla considerazione sia dell'estensione dell'area compresa nel Mercosur sia dal crescere delle probabilità di incidenti con gravi ricadute ambientali, dovuti all'aumentare di attività come il commercio e il trasporto, favorite dal processo di integrazione.

---

(94) Nel corso del 2000 il CMC — a seguito della proposta avanzata dal Gruppo Specializzato — ha approvato due decisioni: Decisione 10/00 relativa al Piano di Sicurezza tra gli Stati del Mercosur e Decisione 11/00 relativa al Piano di Sicurezza tra il Mercosur, la Bolivia e il Cile (in *BOM*, n. 15, 2000), con le quali viene modificato e completato il capitolo sugli illeciti ambientali. Vi si sottolinea che i piani di azione specifici che dovranno essere messi a punto dovranno essere elaborati in stretto contatto con altri organi del Mercosur e in particolare con il SGT 6; così pure per quanto riguarda lo studio della normativa sugli illeciti ambientali. Come si vede, viene modificato uno dei punti più deboli della precedente versione. La previsione di uno stretto coinvolgimento del SGT 6 reintegra quest'organo a pieno titolo tra quelli preposti a trattare il tema degli illeciti ambientali.

(95) Questo tema non figurava nel programma di lavoro originario del SGT 6. Questo, pertanto, nel 1998 indirizzò al GMC una raccomandazione (1/98, Allegato XI, Acta 1/98), prontamente recepita da quest'organo con risoluzione 7/98 (XXI GMC, Buenos Aires, 8 maggio 1998, in *BOM*, n. 7, 1998), con la quale invita il SGT 6 ad occuparsi della questione, proponendo in particolare al GMC le priorità, i meccanismi di coordinamento e le linee guida generali per una cooperazione degli Stati membri del Mercosur in questo settore.

Subito emergono due diversi approcci al tema: mentre l'Uruguay insiste sull'aspetto della prevenzione, Brasile e Paraguay ritengono che la cooperazione debba soprattutto essere instaurata in materia di capacità di controllo e mitigazione degli effetti dei disastri ambientali. Dopo aver tracciato un primo programma troppo ambizioso, il SGT 6 decide di concentrarsi sulla sola identificazione dei rischi ambientali: 18 categorie di catastrofi, delle quali solo quattro causate da attività umane (fuoriuscita di materiale chimico o tossico, liquido, solido o gassoso; incidenti nucleari; fuoriuscita di petrolio nelle acque oceaniche e continentali; incidenti derivanti da attività minerarie) (96). L'obiettivo è di discutere le definizioni delle varie categorie in modo da arrivare ad una terminologia uniforme e identificare all'interno della lista le priorità da affrontare.

Nel giugno del 2000 la delegazione argentina propone un accordo-quadro tra gli Stati membri del Mercosur in materia di cooperazione ambientale (97). Tale accordo è modellato quasi integralmente su un accordo già in vigore tra Argentina e Cile sulla cooperazione in materia di catastrofi (98). Secondo l'art. 2, la cooperazione comporta un interscambio preventivo di informazioni sulle situazioni che potenzialmente possono essere all'origine di emergenze ambientali, sulle azioni da intraprendere in caso di emergenza, sulle tecnologie applicabili; l'elaborazione di programmi, progetti e piani congiunti per affrontare le emergenze; la mutua collaborazione in caso di disastro ambientale, che comporterebbe l'offerta verso lo Stato richiedente di personale, mezzi di appoggio tecnico e logistico, alimenti, materiale medico, mezzi per mitigare il danno ambientale. Per meglio coordinare gli interventi è prevista la creazione di un'apposita Commissione di Pianificazione. Come si può constatare, tale accordo intende esclusivamente disciplinare gli aspetti connessi con interventi di protezione civile; non vengono al contrario neppure accennati quelli relativi, ad esempio, alla responsabilità dell'au-

(96) Tra le altre emergenze ambientali elencate, si possono citare: sismi, inondazioni, eruzioni vulcaniche, frane, tornadi, epidemie, incendi forestali.

(97) Allegato III.b., Acta 2/2000.

(98) *Acuerdo entre la Republica Argentina y la Republica de Chile sobre cooperación en materia de catástrofes*, Santiago del Chile, 8 agosto 1997, riprodotto come Allegato IV.a, Acta 1/2000.

tore del danno ambientale, quando questo derivi da attività umana. Nella riunione del settembre 2000 si sarebbe dovuto decidere in modo definitivo in merito a tale accordo; si è registrata invece una controversia sulla natura dello strumento giuridico previsto, controversia che ha visto contrapposti Brasile e Argentina (99). Mentre il primo Stato intendeva subordinare l'accordo all'entrata in vigore del Protocollo ambientale (100), il secondo — contrario all'approvazione di questo strumento — riteneva che, data l'urgenza del tema e quindi la necessità di procedere nel definire le modalità della cooperazione, occorresse procedere subito con l'accordo in questione. Si è infine deciso di procedere con gli aspetti operativi della cooperazione, rimandando invece quelli del suo inquadramento giuridico.

Per quanto riguarda la prassi degli Stati, non ci risulta che meccanismi di cooperazione in caso di emergenze ambientali siano già stati messi in atto. Al contrario, la carenza di tale cooperazione e un segnale della necessità di rafforzarla si sono già manifestati ad esempio nel luglio del 2000, in occasione di una fuoriuscita di petrolio da un oleodotto in territorio brasiliano, con potenziali gravi conseguenze anche sugli ecosistemi di Argentina e Uruguay (101).

g) *La normativa materiale*. — I lavori del SGT 6 hanno trovato difficoltà a tradursi in norme materiali di carattere ambientale adottate dagli organi decisionali del Mercosur. La produzione di tali norme è nel complesso piuttosto limitata (102). Curiosamente, la maggior parte di essa è stata preparata non dal SGT 6, bensì da altri sottogruppi del GMC, in quanto si tratta

(99) Si veda Acta 3/2000, punto 5.

(100) Si veda *infra*.

(101) La fuoriuscita di petrolio dall'oleodotto brasiliano, avvenuta il 16 luglio 2000, ha raggiunto i fiumi Barigüi e Iguaçu, colpendo in questo modo uno degli ecosistemi più rinomati a livello mondiale per la ricchezza della biodiversità. Il rischio era che il petrolio si diffondesse anche, tramite il fiume Paraná, all'Argentina e all'Uruguay. Proprio in ragione di questo rischio di inquinamento transfrontaliero sarebbe parso opportuno un coordinamento all'interno del Mercosur, nonostante il danno ambientale si fosse in origine sviluppato all'interno di uno solo degli Stati membri.

(102) Per una trattazione particolareggiata, cfr. DRNAS DE CLÉMENT, *Relaciones*, cit., *supra*, nota 28, p. 39 ss. e ID., *Mercosur*, cit., *supra*, nota 48, p. 330 ss.

di atti che spesso riguardano solo tangenzialmente il settore ambientale.

Meritano di essere menzionate innanzitutto le linee guida in materia di politica energetica, adottate con risoluzione del GMC 57/93 (103), su raccomandazione del SGT 9 (Politica energetica). Tra gli obiettivi prioritari della politica energetica vengono indicati: l'ottimizzazione della produzione e dell'uso delle fonti di energia della regione; la promozione dell'uso razionale dell'energia e della sua conservazione e la promozione della produzione e dell'uso delle energie rinnovabili e ambientalmente sostenibili.

Un altro corpo di norme riguarda le emissioni dei veicoli a motore, proposte dal SGT 3 (Norme tecniche). Si possono ricordare le risoluzioni del GMC 9/91 (104), 128/96 (105) e 29/97 (106). Nella prima viene chiaramente indicato, tra i *considerando*, la necessità di proteggere l'ambiente, la preoccupazione generata dall'incremento della densità di circolazione nel Mercosur, nonché l'opportunità di armonizzare alcune caratteristiche basilari dei veicoli a motore (requisiti di sicurezza, rumore, livello di emissioni). La risoluzione 128/96, che adotta un regolamento tecnico sui limiti massimi di emissione dei gas inquinanti e di rumore dei veicoli a motore, presenta la singolare caratteristica di statuire, all'art. 2, che gli Stati membri sono liberi di scegliere, alternativamente al regolamento approvato, la disciplina stabilita dalla Comunità europea con le direttive 91/441/CEE (107), 93/59/CEE (108) e successive modificazioni. Ci sembra un caso piuttosto raro di rimando, da parte di un'or-

---

(103) XI riunione GMC, Montevideo, 22-24 settembre 1993 (in *BILA*, n. 11, ottobre-dicembre 1993).

(104) IV riunione GMC, Brasilia, 13-17 dicembre 1991 (in *BILA*, n. 3, ottobre-dicembre 1991).

(105) XXIV riunione GMC, Fortaleza, 12-14 dicembre 1996 (in *BILA*, n. 19, luglio-dicembre 1996).

(106) XXVII riunione GMC, Montevideo, 3-5 settembre 1997 (in *BOM*, n. 3, 1997).

(107) Direttiva 91/441/CEE del Consiglio, del 26 giugno 1991, che modifica la direttiva 70/220/CEE concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alle misure da adottare contro l'inquinamento atmosferico con le emissioni dei veicoli a motore, in *GUCE*, n. L 242 del 30 agosto 1991, p. 1.

(108) Direttiva 93/59/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1993, che modifica la direttiva 70/220/CEE concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli

ganizzazione regionale, alla normativa di un'altra organizzazione, che viene dunque presa a modello. Si tratta ovviamente di un procedimento che favorisce un'armonizzazione a più ampio raggio e che, se la normativa presa a modello presenta *standard* di protezione ambientale particolarmente elevati, non può che risultare positivo in una prospettiva di tutela ecologica. Tuttavia occorre notare che solo il contenuto degli obblighi posti dalle direttive comunitarie viene accettato in linea di principio, mentre nessuno dei vincoli giuridici posti nel contesto comunitario (109) viene mutuato nel Mercosur.

La decisione del CMC 2/94 (110), adottata su raccomandazione del SGT 5 (Trasporto terrestre) costituisce una normativa importante, poiché disciplina il trasporto di merci pericolose nel Mercosur. Nel preambolo la decisione riconosce che il trasporto di tali merci deve garantire la sicurezza, oltre che delle persone e dei beni, anche dell'ambiente. Un accordo allegato alla decisione stabilisce i requisiti minimi di sicurezza.

Su raccomandazione del SGT 2 (Affari doganali), il CMC ha adottato, nel dicembre 1996 un *Acuerdo sobre la aplicación de las medidas sanitarias y fitosanitarias de la OMC* (111). Tale ac-

---

Stati membri relative alle misure da adottare contro l'inquinamento atmosferico con le emissioni dei veicoli a motore, in *GUCE*, n. L 186 del 28 luglio 1993, p. 21.

(109) Si pensi all'obbligo di risultato posto dalle direttive, all'opera di vigilanza sul loro rispetto operato dalla Commisione europea e infine alla possibilità di condanna degli Stati da parte della Corte di giustizia delle Comunità europee per il loro mancato recepimento.

(110) VI riunione CMC, Buenos Aires, 4-5 agosto 1994 (in *BILA*, n. 14, luglio-settembre 1994). Modificata dalla decisione 14/94, VII riunione CMC, Ouro Preto, 15-17 dicembre 1994 (in *BILA*, n. 15, ottobre-dicembre 1994).

(111) Decisione CMC 6/96, XI riunione CMC, Fortaleza, 17 dicembre 1996 (in *BILA*, n. 19, luglio-dicembre 1996). Tale decisione sostituisce la precedente Decisione CMC 6/93 che adotta l'*Acuerdo Sanitario y Fitosanitario entre los Estados Parte del Mercosur* (IV riunione CMC, Asunción, 1° luglio 1993, in *BILA*, n. 10, luglio-settembre 1993). Le norme adottate in materia sanitaria e fitosanitaria sono molto numerose. Qui si ricorderanno le risoluzioni GMC 44/92 sul certificato sanitario unico, 2/93 che stabilisce un sistema regionale armonizzato dei prodotti fitosanitari, 34/93 sui principi fitosanitari per il transito internazionale di prodotti vegetali, 62/94 che adotta un codice dei principi per la regolamentazione fitosanitaria del transito internazionale di prodotti vegetali, 70/94 sul certificato fitosanitario unico e il certificato fitosanitario di riesportazione, 71/94 sul controllo fitosanitario nelle zone franche, 48/96 sui requisiti per la libera circolazione dei prodotti fitosanitari.

cordo è volto a creare un quadro regolamentare per l'applicazione delle misure sanitarie e fitosanitarie valido per gli Stati del Mercosur, tenendo come termine di riferimento per questa operazione di armonizzazione l'accordo in materia approvato nel contesto dell'*Uruguay Round* (112), di cui recepisce gli obiettivi (113). Infatti per gli Stati membri del Mercosur è possibile adottare misure sanitarie e fitosanitarie solo se queste sono « necessarie » — sulla base di precise prove scientifiche — alla protezione della vita di persone, animali e vegetali e tali misure non dovranno costituire una restrizione dissimulata al commercio internazionale (art. 2). Ciascun membro dovrà assicurare che le misure da esso adottate siano precedute da una valutazione adeguata dei rischi esistenti, tenendo conto, in particolare, « *el objetivo de reducir al mínimo los efectos negativos sobre el comercio* » e assicurando « *que tales medidas no entren en un grado de restricción del comercio mayor del requerido para lograr su nivel adecuado de protección sanitaria o fitosanitaria* » (art. 5).

6. Secondo l'art. 34 del Protocolli di Ouro Preto, il Mercosur è un'organizzazione dotata di personalità giuridica internazionale (114). È il CMC (art. 8) che si vede attribuita la titolarità della personalità giuridica del Mercosur e che dunque esercita la facoltà di negoziare e firmare accordi per conto dell'organizzazione con Stati terzi o organizzazioni internazionali. Tale facoltà può esser delegata al GMC.

Il Mercosur ha fino ad oggi sottoscritto 35 accordi interna-

---

(112) Cfr. ZIEGLER, *WTO Rules Supporting Environmental Protection*, in WEISS, DENTERS & DE WAART (eds.), *op. cit.*, *supra*, nota 48, p. 203.

(113) In generale, sul rapporto tra Mercosur e OMC cfr. DROMI SAN MARTINO, *La armonización entre el Mercosur y la OMC*, in PUEYO LOSA & REY CARO (ed.), *Mercosur*, cit., *supra*, nota 11, p. 367; si veda anche MARCHISIO, *Environmental Concerns and Free Movements of Goods in the Mercosur Experience*, in SCOVAZZI (ed.), *op. cit.*, *supra*, nota 48, p. 155.

(114) Per un'analisi dei poteri esterni del Mercosur si vedano: MANSI, *El relacionamiento externo del Mercosur*, in *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 1999, p. 123; BOUZAS, *Las negociaciones comerciales externas del Mercosur*, in ROETT (ed.), *Mercosur: Integración regional y mercados mundiales*, Buenos Aires, 1999; REY CARO, *Reflexiones sobre las relaciones convencionales del Mercosur. Su proyección en el régimen legal argentino*, in *Liber Amicorum in Memoriam of Judge José María Ruda*, The Hague-London-Boston, 2000, p. 57.

zionali, la maggior parte dei quali di contenuto commerciale (115). I due principali sono gli Acuerdos de Complementación Economica firmati con il Cile (116) e con la Bolivia (117), Stati associati del Mercosur.

Gli accordi internazionali sottoscritti dal Mercosur in materia ambientale — o che comprendano disposizioni in tale campo — sono poco numerosi. Oltre al Plan General de Cooperación y Coordinación Recíproca para la Seguridad Regional, che comprende una sezione sugli illeciti ambientali di cui si è gia parlato (118), si segnala l'accordo commerciale con il Canada, firmato nel giugno del 1998 (119). Tale accordo comprende, oltre a un *entendimiento de cooperación* in materia di commercio e investimenti, con il quale vengono creati degli organi (un *Grupo consultivo de cooperación en comercio e inversiones* e un *Consejo asesor*), incaricati di facilitare il raggiungimento degli obiettivi dell'accordo, anche un *plan de acción*. Tale piano individua i temi di interesse prioritario delle parti e sotto la rubrica « espansione

---

(115) Si segnalano l'accordo con gli Stati Uniti (il cosiddetto « Rose Garden Agreement » 4+1, Washington, 19 giugno 1991; in *BILA*, n. 2, maggio-settembre 1991); l'accordo sul trasporto fluviale per l'idrovia Paraguay-Paraná (Las Leñas, 26 giugno 1992); il Protocolo de Intenciones con l'UNESCO (Montevideo, 15 dicembre 1997); l'accordo quadro per la creazione di una zona di libero commercio tra il Mercosur e la Comunità Andina (Buenos Aires, 16 aprile 1998, in *BILA*, n. 22, gennaio-luglio 1998); l'accordo quadro di commercio e investimento tra il Mercosur e il Mercato Centro-Americano (Santiago del Cile, 18 aprile 1998, *ibidem*), volto a promuovere e proteggere gli investimenti e i trasferimenti di tecnologia tra il Mercosur e i paesi membri del Mercato Centro-Americano, cioè Costa Rica, Salvador, Guatemala, Honduras e Nicaragua (Santiago del Cile, 18 aprile 1998, *ibidem*); l'accordo quadro per la creazione di un'area di libero commercio tra il Mercosur, Bolivia, Cile e Sudafrica (Florianópolis, 15 dicembre 2000). La lista completa e aggiornata può essere consultata sul sito della Segreteria Amministrativa del Mercosur: *http://mercosur.org.uy/espanol/snor/normativa/acuerdoscontercerospaises.htm*. Si veda anche il sito *http://www.mercosur-comisec.gub.uy/ACUERDOS/Acuerdos.htm*.

(116) San Luis, 25 giugno 1996. Entrato in vigore il 1° novembre 1996. Firmato nel quadro dell'ALADI, è stato protocollato come ACE n. 35.

(117) Montevideo, 26 febbraio 1997. Entrato in vigore il 28 febbraio 1997. Firmato nel quadro dell'ALADI, è stato protocollato come ACE n. 36.

(118) Tale accordo è stato firmato anche con Bolivia e Cile (Montevideo, 7 dicembre 1999, v. Decisione CMC 23/99).

(119) *Entendimiento de Cooperación en Materia de Comercio e Inversiones y Plan de Acción tra il Mercosur e il Canada* (Buenos Aires, 16 giugno 1998, in *BILA*, n. 22, gennaio-luglio 1998).

del commercio e rafforzamento della cooperazione economica », compare anche la voce: « *elaboración de entendimientos de cooperación en los campos del empleo y del medio ambiente* ».

Di maggiore rilievo l'Accordo Quadro interregionale di cooperazione tra la Comunità e i suoi Stati membri da un lato e il Mercosur e i suoi Stati parte dall'altra, firmato a Madrid il 15 dicembre 1995 (120). In questo accordo la protezione dell'ambiente riceve uno spazio autonomo e diventa uno dei campi di cooperazione tra i due blocchi regionali.

L'accordo quadro — primo esempio di accordo generale tra due organizzazioni economiche regionali — stabilisce alcuni principi generali di cooperazione multisettoriale, preludendo ad una futura associazione interregionale di natura politica ed economica (121).

Come si diceva, l'ambiente viene esplicitamente indicato

---

(120) *GUCE*, n. L 69, 19 marzo 1996, p. 4. L'accordo è entrato in vigore il 1º luglio 1999 (*GUCE*, n. L 175, 10 luglio 1999, p. 62), tuttavia, ancora prima di firmare l'accordo, il Consiglio dell'Unione europea, con decisione 96/205 (*GUCE*, n. L 69, 19 marzo 1996, p. 1), aveva disposto la sua applicazione provvisoria nella parte relativa alla cooperazione commerciale e alla creazione di istituzioni di cooperazione. Su questo accordo cfr. MARCHISIO, *Integrazione regionale*, cit., *supra*, nota 48, p. 232; TOLEDANO LAREDO, *Les relations entre l'Union européenne et le Mercosur*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1995, p. 17; DROMI & MOLINA DEL POZO, *Acuerdo Mercosur - Union Europea*, Buenos Aires, 1996; TAMBURELLI, *L'accordo di cooperazione tra la Comunità europea e il Mercosur*, in *Affari Esteri*, 1997, p. 829; DI PASCALE, *L'entrata in vigore dell'accordo quadro interregionale di cooperazione tra la Comunità europea e il Mercosur*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1999, p. 389; MORI, *Le relazioni economiche tra Mercosur e Unione Europea: situazione recente e prospettive future*, in *ISPI Relazioni Internazionali*, 2000, p. 11; LIROLA DELGADO, *Las relaciones entre la Unión europea y el Mercosur en la perspectiva de una asociación interregional*, in PUEYO LOSA & REY CARO (ed.), *op. cit.*, p. 147. Si veda anche la Comunicazione della Commissione europea al Consiglio e al Parlamento europeo, *Unione europea-America Latina. Attualità e prospettive sul rafforzamento del partenariato. 1996-2000*, COM(95)495def. del 23 ottobre 1995. Più in generale, per un confronto giuridico tra le due diverse strutture istituzionali, si veda RIMOLDI DE LADMANN (ed.), *Mercosur y Comunidad Europea*, Buenos Aires, 1995.

(121) L'accordo quadro era stato preceduto, nel 1992, da un incontro dei Ministri degli affari esteri dei Paesi membri del Mercosur e dell'Unione Europea, incontro che aveva avviato formalmente le relazioni bilaterali. Ad esso aveva fatto seguito un accordo di cooperazione istituzionale tra la Commissione europea e il CMC in materia di assistenza tecnica, scambio di informazioni, formazione delle risorse umane e sostegno istituzionale.

come uno dei settori in cui avviare il dialogo tra Mercosur e Unione europea. L'art. 17 (122) prevede che le Parti, tenendo in conto il principio dello sviluppo sostenibile, promuovano la protezione dell'ambiente e l'utilizzazione accorta delle risorse naturali in tutti gli altri ambiti della cooperazione. Esse inoltre dedicheranno particolare attenzione a quelle misure connesse con la dimensione internazionale dei problemi ambientali. La cooperazione tra i due blocchi regionali riguarderà in particolare: l'interscambio di informazioni ed esperienze, l'educazione in materia ambientale, l'assistenza tecnica, l'esecuzione congiunta di progetti di ricerca ed eventualmente l'assistenza istituzionale (123).

Una prima proposta di cooperazione in materia ambientale è venuta dalla Direzione Generale IB della Commissione europea, un anno dopo la firma dell'accordo a Madrid (124). L'Unione europea proponeva di creare un « Istituto di Tecnologia e Servizi Ambientali Europa-Mercosur ». Il SGT 6 ha preso in considerazione la proposta (125) nei mesi successivi. Per quanto esso abbia giudicato interessante la proposta operativa di un programma di cooperazione in campo ambientale, tuttavia non ne ha condiviso la modalità: il SGT 6 ha infatti ritenuto che non fosse opportuno dare vita ad una struttura burocratica che avrebbe comportato costi di gestione e che, dato lo stadio iniziale della cooperazione UE-Mercosur, più opportuno sarebbe stato limitarsi ad uno scambio di informazioni su norme e *standard* ambientali, meccanismi e procedimenti di certificazione ambientale, tecnologie e servizi ambientali, ecc. Solo in un secondo tempo, qualora l'intensità della collaborazione lo avesse richiesto, si sarebbe potuti passare alla creazione di un vero e proprio Istituto. Da questa posizione del SGT 6 traspare ancora una vol-

---

(122) L'art. 17 rientra nel Titolo II « Cooperazione economica ».

(123) Un esplicito riferimento alla tutela dell'ambiente lo si trova anche nel preambolo dell'accordo, ove si enuncia l'importanza attribuita dalle Parti ai principi e ai valori contenuti nella Dichiarazione finale adottata dalla Conferenza delle Nazioni Unite sull'Ambiente e lo Sviluppo del 1992.

(124) Già nel 1994 in un documento sul rafforzamento della politica dell'UE nei confronti del Mercosur (COM(94)428 def.), la Commissione proponeva di impegnare la Comunità europea nella realizzazione di alcuni grandi progetti regionali relativi all'energia e all'ambiente, allo scopo di promuovere l'integrazione nel Mercosur.

(125) Vedi Acta 4/96 (punto 5) e 5/97 (punto 6) del SGT 6.

ta il timore degli Stati parte del Mercosur non solo di dar vita ad organi comuni (126), ma anche di approfondire la cooperazione, preferendo in diverse circostanze sempre le forme più flessibili, quale appunto il semplice scambio di informazioni. Quanto detto sembra in qualche modo ridimensionare la portata dell'art. 34 del Protocollo di Ouro Preto, secondo il quale il Mercosur gode della personalità giuridica internazionale: per quanto l'organizzazione abbia sottoscritto degli accordi internazionali, la prassi mostra la reticenza degli Stati membri a riconoscere appieno tale personalità (127).

Le potenzialità dell'art. 17 dell'accordo quadro paiono non essere state sfruttate appieno nella pratica (128). Il 28 giugno 1999 a Rio de Janeiro i Capi di Stato e di Governo dei due bloc-

---

(126) Si pensi, ad esempio, al fatto che, all'interno del Mercosur, soltanto il Segretariato Amministrativo è organo permanente. Per il resto il Mercosur non poggia su alcuna struttura burocratica permanente.

(127) Si segnala qui una particolarità che può rafforzare i dubbi espressi circa l'effettiva sussistenza della personalità giuridica internazionale del Mercosur o quanto meno dare segni di una certa confusione in materia. Negli accordi di associazione stipulati dal Mercosur con Bolivia e Cile (si veda *supra*), risulta che i governi dei quattro Stati membri del Mercosur e i governi di Bolivia e Cile figurano come « Parti firmatarie », mentre Mercosur, Cile e Bolivia sono indicati come « Parti contraenti »; inoltre gli accordi prescrivono obbligazioni diverse e indipendenti alle Parti firmatarie e alle Parti contraenti. Tale distinzione risulta poco chiara, anche alla luce di quanto disposto dalle Convenzioni di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 e del 1986 (che, ai rispettivi artt. 2, parlano di parti « contraenti »). Sul punto, si veda Rey Caro, *Reflexiones*, cit., *supra*, nota 114, p. 63.

(128) Dal 1995 sono stati intrapresi e completati due progetti di cooperazione, in materia di supporto istituzionale al Segretariato Amministrativo del Mercosur e di armonizzazione doganale; tre progetti sono ancora in corso e riguardano norme veterinarie e fitosanitarie, norme e *standand* tecnici e armonizzazione statistica (il SGT 6 auspicò di essere coinvolto in quest'ultimo progetto, così da integrarvi anche il tema ambientale. Vedi Acta 2/99 (punto 11) del SGT 6); alcuni nuovi progetti stanno per essere lanciati: supporto istituzionale al mercato comune, supporto istituzionale alla Commissione Parlamentare Mista del Mercosur, consolidamento del Mercato Interno del Mercosur e un progetto in tema di lavoro e società. Come si può constatare nessuno di questi progetti — dopo l'iniziativa dell'istituto di cooperazione bocciata dal Mercosur — riguarda l'area ambientale. Inoltre, nell'aprile 2000, in occasione dell'incontro della Commissione Mista UE-Mercosur, è stato firmato un « Memorandum of Understanding » che stabilisce sei priorità della cooperazione per il periodo 2000-2006: anche in questo caso l'ambiente non compare (le aree considerate prioritarie sono: cooperazione macroeconomica, trasporti e *network*, scienza e tecnologia, cooperazione transfrontaliera, società dell'informazione, educazione).

chi regionali hanno deciso di dare inizio ai negoziati per la conclusione dell'Accordo di associazione Ue-Mercosur, previsto quale obiettivo ultimo fin dalla firma dell'accordo di Madrid del 1995. Fino ad ora i negoziati si sono limitati a questioni commerciali, senza accenni a questioni di carattere ambientale (129). In occasione della decisione di avviare i negoziati, tuttavia, i capi di Stato e di Governo di Mercosur e Unione europea avevano adottato una Dichiarazione congiunta nella quale si esprimeva la volontà di rilanciare tra i blocchi la *partnership*, che avrebbe dovuto fondarsi, oltre che sui principi di democrazia, crescita economica e giustizia, anche sul principio dello sviluppo sostenibile.

7. Con la risoluzione 38/95 (130) il GMC (131) aveva affidato al SGT 6, tra gli altri compiti, anche quello di elaborare « *un documento que tomará como referencia los ordenamientos legales nacionales, temas espécificos de gestión ambiental, teniendo como objectivo la optimización de los niveles de calidad ambiental en los Estados Partes* ». La motivazione addotta per la redazione di un tale strumento era che « *tale propuesta se incluye en el contexto de las directrices trazadas para la dinámica de cooperación a ser observada en la actual fase de Mercosur, tendientes a incluir la optimización de los niveles de calidad ambiental mediante la efectiva aplicación de los mecanismos legales en cada una de los Estados Partes* » (132). Nello scadenzario stabilito nella stessa risoluzione era previsto che il SGT 6 dovesse portare a compimento la redazione del documento entro l'ottobre 1996, dunque in poco più di un anno.

Dopo cinque anni di negoziati, durante i quali si sono tenute numerose riunioni straordinarie del SGT 6 dedicate al tema, sono state elaborate numerose versioni del documento e la materia è stata trasmessa tre volte al GMC, lo strumento giuridico

---

(129) Dal 2000 ad oggi (Aprile 2002) si sono tenute sette tornate di negoziati.

(130) Si veda *supra*, nota 72.

(131) Ma si fa notare che quest'organo non aveva fatto altro che recepire — almeno su questo punto, integralmente — una proposta avanzata dallo stesso SGT 6.

(132) Punto 5 del mandato conferito al SGT 6, Allegato 2, risoluzione GMC 38/95, cit., *supra*, nota 72.

ambientale dell'organizzazione risulta non ancora in vigore (133). Nell'ultima riunione straordinaria del SGT 6 — nel marzo del 2001 — si è raggiunto un consenso su un nuovo testo di accordo-quadro, la cui portata giuridica risulta più debole rispetto alle versioni precedentemente messe a punto: l'accordo degli Stati membri era possibile solo su un minimo denominatore comune, sul quale sembra però difficile tanto che possa realizzarsi un'effettiva tutela ambientale, quanto che possa delinearsi una reale identità ambientale dell'organizzazione regionale (134).

Fin dal maggio 1996 il SGT 6 aveva iniziato ad affrontare la questione relativa all'adozione di uno strumento ambientale giuridicamente vincolante. Era venuto subito in rilievo il problema della sua natura giuridica e si era optato per un protocollo addizionale al Trattato di Asunción, alla stregua dei Protocolli di Ouro Preto e di Brasilia: una scelta che intendeva conferire dunque allo strumento ambientale rango « costituzionale » e una portata giuridica vincolante. Si scartava pertanto l'ipotesi di un semplice accordo tra gli Stati membri, ipotesi che sarebbe invece

---

(133) Non a caso si è parlato — a proposito del Protocollo ambientale — di « fantasma » per il Mercosur: cfr. LEICHNER, *Mercosur y su fantasma: el protocollo ambiental* intervento alla « Conferencia Internacional sobre Commercio, Ambiente y Desarrollo Sustentable. Perspectivas de America Latina y el Caribe », Ciudad de México, 19-21 febbraio 2001.

(134) Sull'importanza di uno strumento giuridico vincolante del Mercosur in materia ambientale si sono pronunciate più volte le associazioni ambientaliste latino-americane: in una dichiarazione congiunta del luglio 2000, il WWF brasiliano e la *Fundación Vida Silvestre Argentina* hanno adottato, ad esempio, una dichiarazione congiunta nella quale, oltre a chiedere che il Mercosur si doti di una effettiva politica ambientale comune e che le legislazioni nazionali si basino su *standard* elevati di protezione ambientale, auspicano l'adozione del Protocollo ambientale perché questo « *would show the societies of both countries the effective commitment of their governments to the environmental issue* » (WWF Brasil press release, 24 July 2000, consultabile al sito *web*: *http://www.wwf.org.br*. La dichiarazione congiunta delle due ONG è stata consegnata ai Ministri dell'ambiente, degli affari esteri e delle finanze del Brasile, al rappresentante brasiliano nel SGT 6, nonché agli ambasciatori di Argentina, Paraguay e Uruguay a Brasilia). Già precedentemente, nell'aprile dello stesso anno queste due ONG, insieme ad altre cinque, riunitesi per discutere del lavori del SGT 6 avevano approvato una raccomandazione indirizzata a questo organo, nella quale, al primo punto, veniva indicata la necessità di procedere urgentemente all'adozione del Protocollo (vedi Allegato I.c, Acta SGT 6 1/2000).

tornata in auge nel marzo 2001: proprio la natura giuridica del Protocollo e il suo significato simbolico di strumento giuridico fondamentale del Mercosur avevano costituito uno dei maggiori motivi di resistenza alla sua approvazione da parte della delegazione argentina.

Basati inizialmente su una bozza brasiliana (135), i negoziati avevano poi inciso considerevolmente su questo testo iniziale, in particolare in seguito a nuove proposte argentine (136). In questa fase si trattava di un documento complesso, articolato in un preambolo e diversi capitoli (137). Dopo una prima sollecitazione del GMC a concludere i lavori (138), nel giugno del 1997 il SGT 6 approvava definitivamente il testo del Protocollo e lo trasmetteva con raccomandazione di adozione all'organo principale (139). La questione restava però pendente in seno al GMC per quasi un anno: l'opposizione dell'Argentina obbligava infine quest'organo, nel maggio del 1998, a restituire il testo al SGT 6 « *para la profundización de su análisis tecnico y para la presentación de nuevas recomandaciones al Grupo Mercado Común* », « *teniendo en cuenta la naturaleza de los puntos en cuestión y las discrepancias técnicas existentes* » (140). Nel SGT 6 venivano dunque, di fatto, riaperti nuovamente i negoziati. Nel marzo 1999 veniva messa a punto una nuova versione (141), considerevolmente indebolita, diluita e meno ambiziosa rispetto alla pre-

---

(135) Allegato XI, Acta 2/96.

(136) Allegato V, Acta 3/96 e Allegato VIII, Acta 5/97.

(137) Si possono ricordare: Definizioni, Obiettivi, Obbligazioni, Misure non tariffarie, Informazione ambientale, Emergenze ambientali, Conservazione e uso sostenibile delle risorse naturali, Risorse idriche, Residui, Prodotti pericolosi, Diversità biologica, Biosicurezza, Raccomandazioni, Cooperazione regionale, Disposizioni generali.

(138) Vedi Acta XXV riunione GMC, Asunción 23-25 aprile 1997, in *BILA*, n. 20, gennaio-giugno 1997.

(139) Raccomandazione 9/97, Allegato X, Acta 6/97.

(140) V. Acta XXIX riunione GMC, Buenos Aires 6-8 maggio 1998, in *BILA*, n. 22, gennaio-luglio 1998). Si vedano anche gli atti della riunione precedente: Acta XXVI riunione GMC, Asunción, 16-17 giugno 1997, in *BILA*, n. 20, gennaio-giugno 1997.

(141) Allegato XI, Acta 1/99. Trasmesso al GMC con raccomandazione del SGT 6 1/99, *ibidem*. Tale versione si articola in un preambolo, 12 titoli, 27 capitoli e 83 articoli. Per un breve commento del Protocollo in questa versione, si veda doc. UNEP/LAC-IGWG.XII/TD.9, cit., *supra*, nota 65, p. 92 ss.

cedente: l'impressione dominante trasmessa dal nuovo testo era la percezione della protezione ambientale come un possibile ostacolo al commercio internazionale (142). Tuttavia in seno al GMC, nuovamente investito della questione, si registrava ancora l'opposizione argentina — parzialmente condivisa dall'Uruguay — in ragione del fatto che il Protocollo, in materia di biosicurezza, non rifletteva « *l'evolución experimentada por la temática ambiental* » (143).

Tale posizione contrasta con la firma che l'Argentina (unico finora tra gli Stati del Mercosur) ha posto — senza dichiarazioni né riserve — al Protocollo di Cartagena alla Convenzione sulla biodiversità (144). Questo strumento — dando applicazione al principio di precauzione — permette ai governi di manifestare la loro volontà di accettare o meno l'importazione di prodotti agricoli contenenti organismi geneticamente modificati. Una volta accettato tale meccanismo, non sembrano esserci ostacoli tecnici all'accettazione di quanto stabilito dal Protocollo ambientale al Trattato di Asunción in tale materia (145). La spiegazione fornita dal presidente della delegazione argentina in seno al SGT 6 per spiegare questa apparente contraddizione è che, non essendo il Protocollo di Cartagena ancora entrato in vigore, benché firmato dall'Argentina, questo Stato ha ritenuto che non era opportu-

---

(142) Basti pensare al nuovo Titolo I nel quale veniva descritto l'oggetto del Protocollo e dove veniva subito precisato che le misure di politica ambientale adottate dagli Stati parte non costituiranno « *un medio de discriminación o restricción que limite, de manera arbitraria o injustifiable, la libre circulación de bienes y servicios en el ámbito del Mercosur* » (art. 1). Analogamente, tra gli obiettivi veniva inserita la garanzia di condizioni eguali di concorrenza tra gli Stati membri (art. 5, lett. *l*)) e nel Titolo sulla cooperazione regionale era previsto un nuovo caso in cui gli Stati membri debbono collaborare e scambiarsi immediatamente informazioni, quello appunto dell'adozione di misure ambientali capaci di alterare il commercio o la concorrenza all'interno del Mercosur (art. 75, lett. *d*)).

(143) V. Acta XXXV riunione GMC, 15-19 novembre 1999 (in *BILA*, n. 25, luglio-dicembre 1999).

(144) Montreal, 29 gennaio 2000 (*ILM*, 2000, p. 1027).

(145) L'art. 30 della versione del 1999 del progetto di Protocollo ambientale (allegato XI, Acta 1/1999) prevedeva che « *Cada Estado Parte promoverá el establecimiento de medios para regular, administrar y controlar los riesgos derivados de la utilización y liberación de Organismos Vivos Modificatos como resultado de la biotecnología, que es probable tenga repercusiones ambientales adversas que pueden afectar la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica, teniendo también en cuenta los riesgos para la salud humana* ».

no anticipare all'interno del Mercosur un processo non ancora concluso a livello internazionale. È noto come l'Argentina abbia precisi interessi in materia di biotecnologie: con 5,5 milioni di ettari di coltivazioni transgeniche (dato del 1998), essa occupa il secondo posto nel mondo per tali tipi di colture ed è il terzo produttore mondiale di soia transgenica (146). Tali interessi hanno giocato un ruolo considerevole sulla posizione che l'Argentina ha tenuto durante i negoziati per il Protocollo di Cartagena (147) e possono in parte spiegare anche l'atteggiamento as-

---

(146) Fonte UNEP: Comité Técnico Interagencial del Foro de Ministros de Medio Ambiente de América Latina y el Caribe, *Política, derecho y administración de la bioseguridad en América Latina y el Caribe*, 23 dicembre 1999, doc. UNEP/LAC-IGWG.XII/TD.1, p. 16.

(147) L'Argentina, infatti, insieme a Stati Uniti, Canada, Australia, Cile ed Uruguay, faceva parte del cosiddetto « Gruppo di Miami », che durante i negoziati del Protocollo si è opposto all'approvazione di uno strumento che incorporasse il principio precauzionale e fosse capace di porre ostacoli alla libera circolazione degli organismi geneticamente modificati. Il Gruppo di Miami rappresentava infatti i maggiori esportatori mondiali di prodotti contenenti tali organismi e le più avanzate industrie biotecnologiche (sulla posizione del Gruppo di Miami e più in generale sul Protocollo di Cartagena, cfr. BURHENNE-GUILMIN, *The Biosafety Protocol is adopted in Montreal*, in *Environmental Policy and Law*, 2000, p. 46; STOLL, *Controlling the Risks of Genetically Modified Organisms: The Cartagena Protocol on Biosafety and the SPS Agreement*, in *Yearbook of International Environmental Law*, 1999, p. 82; COSBEY & BURGIEL, *The Cartagena Protocol on Biosafety: An Analysis of Results*, International Institute for Sustainable Development Briefing Note, 2000; LIM LI LIN, *Biosafety Talks end on Mixed Note*, Third World Network briefing, 2000). La normativa argentina in materia di biotecnologie è frammentaria e, soprattutto quella più recente, è stata adottata sotto la pressione delle moderne industrie interessate alla sperimentazione e liberazione nell'ambiente di organismi geneticamente modificati. Si segnalano in particolare la risoluzione n. 656 del 1992, la risoluzione n. 837 del 1993 e la risoluzione n. 289 del 1997 che stabiliscono i requisiti tecnici e di biosicurezza per la sperimentazione e la liberazione nell'ambiente di tali organismi; nel 1991 è anche stata creata la *Comisión Nacional Asesora de Biotecnología Agropecuaria* e nel 1993 la *Comisión Nacional de Biotecnología y Salud*. Più completa e dettagliata invece la normativa brasiliana, per quanto anche il Brasile abbia conosciuto negli ultimi anni importanti sviluppi dell'industria biotecnologica. La protezione della grande diversità biologica del paese è però una questione prioritaria. Una vera e propria legge-quadro sulla Biosicurezza (legge n. 8.974 del 1995), adottata in applicazione di disposizioni costituzionali (art. 225 della Costituzione Federale), disciplina l'uso delle tecniche di ingegneria genetica e la liberazione nell'ambiente di organismi geneticamente modificati e autorizza l'esecutivo federale a creare una commissione tecnica sulla biosicurezza, che dipende non dal Ministero dell'agricoltura — come nella maggioranza dei

sunto in seno al Mercosur. Pare tuttavia che la posizione argentina vada spiegata in base a ragioni più politiche ed economiche che tecniche. Come si è visto, almeno in una prima fase, il SGT 6 — nel quale siedono dei funzionari — ha raggiunto il consenso sul Protocollo, con l'accordo anche della delegazione argentina. L'opposizione più forte è emersa successivamente, in seno al GMC, al cui tavolo siedono dei diplomatici; la delegazione argentina all'interno di quest'organo sarebbe fortemente influenzata dalla *lobby* agricola (148), che teme gli effetti del Protocollo sull'esportazione dei prodotti nazionali sia all'interno del Mercosur che con Stati terzi. È giudizio di molti, infatti, che, essendo la legislazione ambientale argentina molto meno avanzata di quella brasiliana, l'impatto del Protocollo sarebbe molto più forte sull'Argentina, trasformandosi, di fatto, in una barriera commerciale per questo paese, dovendo i prodotti argentini adeguarsi agli *standard* brasiliani per poter essere esportati (149). Contrarietà verrebbe anche espressa dal governo argentino circa la natura giuridica del Protocollo, ossia quella, appunto, di norma di carattere primario, dello stesso rango del trattato istitutivo. In conseguenza di ciò, i principi incorporati nel Protocollo (valutazione di impatto ambientale su tutte le grandi opere, internalizzazione dei costi ambientali, permessi ambientali per tutte le attività potenzialmente pericolose per l'ambiente, ecc.) assumerebbero una forza vincolante non compatibile con gli interessi argentini.

Abbandonata la questione del Protocollo sotto la presidenza di turno dell'Argentina (nel primo semestre del 2000), il SGT 6 è tornato ad occuparsene nel successivo semestre di presidenza brasiliana e nella riunione straordinaria del 13 e 14 marzo 2001, quando, sotto la presidenza del Paraguay, ha approvato il

---

paesi — ma dal Ministero della scienza e della tecnologia. Cfr. Comité Técnico Interagencial del Foro de Ministros de Medio Ambiente de América Latina y el Caribe, *Política, derecho y administración de la bioseguridad en América Latina y el Caribe*, 23 dicembre 1999, doc. UNEP/LAC-IGWG.XII/TD.1.

(148) Informazione ufficiosa di un rappresentante brasiliano del SGT 6.

(149) Cfr. Drnas de Clément, *Mercosur*, cit., *supra*, nota 48, pp. 361-2; informazioni ufficiose della FARN (Fundación Ambiente y Recursos Naturales, Buenos Aires).

nuovo testo (150). Il SGT 6 ha trasmesso il testo dell'accordo al GMC con raccomandazione 1/01. Quest'organo, nella riunione di Asunción del 25-26 aprile 2001, ha adottato una risoluzione (n. 8/01) con la quale ha trasmesso la materia al CMC, proponendo l'adozione dell'Accordo. Infine, il 22 giugno 2001 il CMC ha definitivamente approvato l'accordo con decisione n. 2/01, ribadendo « *la necesidad de contar con un marco jurídico para reglamentar las acciones de protección del medio ambiente y la conservación de los recursos naturales del Mercosur* ». Sono quindi cominciati i processi interni di ratifica (al giugno 2002 l'Accordo non risulta ancora essere entrato in vigore).

Si è già accennato al mutamento della natura dello strumento giuridico: non più un Protocollo addizionale al Trattato di Asunción, ma un *Acuerdo Marco Sobre Medio Ambiente del Mercosur*, detto Accordo di Florianópolis dalla città in cui è stato adottato dal SGT 6. Esso non ha più dunque rango « costituzionale », pur mantenendo forza vincolante una volta approvato dal GMC e ratificato da tutti gli Stati membri. Un cambiamento più simbolico che sostanziale, ma che comporta che il Mercosur non sia dotato, come altre organizzazioni d'integrazione regionale, di un trattato istitutivo contenente specifiche norme ambientali (151).

Come si è constatato, la seconda versione del Protocollo giunta al GMC costituiva un indebolimento della disciplina rispetto alla prima. L'attuale Accordo-quadro rappresenta un ulteriore passo indietro. Il progetto di Protocollo del 1999 presentava infatti già numerose lacune e punti controversi, soprattutto se paragonato ad altri strumenti internazionali attualmente vigenti: veniva fatto riferimento a numerosi principi di diritto internazionale ambientale, ma senza darne una definizione precisa (152);

---

(150) Acta 1/01 (vedi Allegato 1). Il testo dell'Accordo, nato come « antiprogetto » argentino al progetto del Protocollo, si trova nell'Allegato 2b.

(151) Il riferimento è ovviamente alla Comunità europea, che, a partire dall'Atto Unico Europeo del 1987, ha nel suo trattato istitutivo norme in materia ambientale, ma anche al Nafta, il cui trattato istitutivo è accompagnato da un trattato « parallelo » in materia ambientale, il Naaec.

(152) Il problema era particolarmente spinoso per principi come quello di precauzione, per il quale esistono diverse definizioni, con diverse conseguenze giuridiche. Cfr., tra gli altri, FREESTONE & HEY, *The Precautionary Principle and International Law. The Challenge of Implementation*, The Hague, 1996; LUCCHINI,

molte disposizioni erano di un'estrema genericità e nessuna prescriveva l'adozione da parte degli Stati membri di precisi, seppur minimi, *standard* di qualità ambientale; in capo agli Stati, unici soggetti competenti ad effettuare precise scelte di politica ambientale, raramente erano attribuiti veri e propri obblighi e questi non erano comunque accompagnati da strumenti per il controllo efficace del loro rispetto; gli obiettivi di armonizzazione, cooperazione e coordinamento non venivano definiti con precisione; quasi assente era ogni riferimento al Mercosur e ai suoi organi, ai quali non veniva riconosciuta alcuna precisa competenza, nonostante il conclamato interesse all'affermazione di una politica ambientale dell'organizzazione (153).

Il nuovo Accordo-quadro, articolato in soli 10 articoli, rispetto agli 83 del progetto di Protocollo, si segnala per la sua laconicità: il preambolo riprende i concetti della necessità della cooperazione ambientale e dell'importanza di un quadro giuridico che faciliti l'effettiva protezione dell'ambiente, ma il capitolo sui principi si dimostra del tutto inadeguato. Vengono indicati come semplici linee-guida per gli Stati principi quali la protezione dell'ambiente, l'integrazione della componente ambientale nelle altre politiche, lo sviluppo sostenibile, la correzione alla

---

Le principe de précaution en droit internationl de l'environnement: ombres plus que lumières, in *Annuaire Français de Droit International*, 1999, p. 710; MARTIN-BIDOU, *Le principe de précaution en droit international de l'environnement*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, p. 631.

(153) Non mancano neppure i giudizi positivi, relativi, ad esempio, al recepimento dei più diffusi principi di diritto internazionale dell'ambiente o la disciplina ad ampio raggio di diverse questioni ambientali. Secondo l'UNEP: « *The Protocol constitutes a new institutional phase in the process of aligning environmental regulations and policies, establishing regulatory and policy directives and guidelines which the member countries must adhere to in such important matters as the establishment of common standards of quality and emission levels, the harmonisation of environmental permits, licenses, authorisations, and approvals for works and activities that are judged to be environmentally hazardous [...]. All of the above represent instruments essential to the development of a comprehensive environmental policy among Mercosur member nations [...]. In addition, the Protocol also endeavours to advance in the development of another elementary legal tool: the creation of a common regulatory code for matters such as the establishment of minimum environmental directives for the handling of flora and fauna, forests, soil, the atmosphere, water, biological diversity, genetically-altered organisms, environmental emergencies, and hazardous wastes and substances* » (doc. UNEP/LAC-IG-WG.XII/TD.9, cit., *supra*, nota 65, p. 93 ss.).

fonte dei problemi ambientali, la partecipazione della società civile e l'internalizzazione dei costi ambientali (art. 3). Vengono tuttavia ignorati altri principi chiave del nuovo diritto internazionale ambientale (salvo un generico riferimento alla Dichiarazione di Rio nell'art. 1), che pure erano citati in precedenza: prevenzione, precauzione, equità intergenerazionale, « chi inquina paga », dovere di informazione. La cooperazione tra gli Stati parte viene limitata all'applicazione degli strumenti internazionali in vigore (art. 5). È previsto che, nell'approfondire l'analisi dei problemi ambientali regionali, le parti svolgano una serie di azioni, tra cui lo scambio di informazioni in materia di leggi o pratiche ambientali con incidenza sul commercio, l'armonizzazione delle legislazioni ambientali (154), l'adozione di processi produttivi non pregiudizievoli per l'ambiente ecc. (art. 6). Invece di disciplinare i vari settori della cooperazione, un allegato all'accordo si limita a farne un elenco (155).

Da questa breve descrizione appare evidente — ci sembra — l'insufficienza dello strumento così messo a punto per una protezione efficace dell'ambiente nel Mercosur, oltre che la sua inferiorità rispetto ad altri strumenti internazionali ambientali elaborati negli ultimi anni. Al mutamento della natura giuridica si è accompagnato un indebolimento del contenuto dell'accordo ambientale, che ora è un semplice elenco di azioni che gli Stati sono invitati ad intraprendere. Paragonato alle linee-guida in materia ambientale, approvate dal Mercosur nel 1994, l'Accordo-quadro non rappresenta un sostanziale progresso: la somiglianza di talune disposizioni è anzi sorprendente e solo nella loro diversa forza giuridica si può cogliere lo sviluppo — ancora però lento ed insufficiente — conosciuto dalla tematica ambientale nel Mercosur.

Ci sembra legittimo dubitare che tale Accordo possa costi-

---

(154) Più volte durante il processo d'integrazione del Mercosur i suoi organi hanno precisato che con il termine di armonizzazione non si deve intendere la creazione di un'unica legislazione uniforme, bensì l'eliminazione di eventuali asimmetrie e la diminuzione delle divergenze. Anche nell'Accordo-quadro si precisa che l'armonizzazione dovrà esser perseguita tenendo presente le differenze ambientali degli Stati membri.

(155) Più precisamente l'Allegato distingue tra: gestione sostenibile delle risorse naturali, qualità della vita e pianificazione ambientale, strumenti di politica ambientale, attività produttive ambientalmente sostenibili.

tuire una base giuridica solida per l'elaborazione di una vera e propria politica ambientale del Mercosur: tanto l'*iter* della sua approvazione, quanto la disciplina che esso delinea sembrano aver dimostrato la ritrosia degli Stati membri del Mercosur a riconoscere in capo all'organizzazione un'autonoma competenza ambientale, magari anche limitata, ma precisa e dotata di strumenti efficaci. In altre parole, il Mercosur non è visto come il luogo deputato ad una comune azione per la tutela dell'ambiente coesistente con i progressi compiuti in materia economica, se non nelle forme meno impegnative e più superficiali.

8. Il Mercosur è la prima organizzazione d'integrazione regionale costituita da soli paesi in via di sviluppo e pertanto esso rappresenta una sfida al concetto di sviluppo sostenibile. La capacità del Mercosur di conciliare le esigenze di crescita economica e di tutela ambientale può costituire, in altre parole, un momento significativo dell'applicazione di un principio ormai da anni presente nel diritto internazionale ambientale (156).

Nel corso dell'analisi che precede si è messo in luce lo sviluppo lento e difficoltoso che ha conosciuto il trattamento della questione ambientale all'interno dell'organizzazione regionale. Se è vero che in dieci anni si è passati dall'assenza di strutture istituzionali con competenze ambientali, all'incorporazione del tema ad un livello politico via via superiore — prima la REMA, poi il SGT 6 — è altrettanto vero che in nessuna dichiarazione dei capi di Stati degli Stati membri del Mercosur è mai stato fatto un accenno alla competenza ambientale del Mercosur (157), a

(156) Come è noto, la nozione di sviluppo sostenibile fu utilizzata per la prima volta nei lavori preparatori della Conferenza di Rio del 1992. Cfr. Report of the World Commission for Environment and Development, UN doc. A/42/427, of 4 August 1987, Annex. Sul principio di sviluppo sostenibile, cfr. BOYLE & FREESTONE (eds.), *International Environmental Law and Sustainable Development. Past Achievements and Future Challenges*, New York, 1999; PIERATTI & PRAT, *Droit, économie, écologie et développement durable: des relations nécessairement complémentaires mais inévitablement ambiguës*, in *Revue Juridique de l'Environnement*, 2000, p. 421. Sull'applicazione del principio dello sviluppo sostenibile in America Latina, cfr. OCAMPO, *Política e instituciones para el desarrollo sostenible en América Latina y el Caribe*, CEPAL, Serie « Medio ambiente e desarrollo », Santiago del Cile, settembre 1999.

(157) Si è già detto che la Dichiarazione di Canela non fu approvata nel

dimostrazione — ci pare — di una chiara assenza di volontà politica di conferire all'organizzazione regionale un'identità ambientale (158) o, quanto meno, dell'assenza della tematica ambientale dalla lista delle priorità degli Stati membri. Dal punto di vista dei contenuti dell'azione ambientale fino ad oggi sviluppata, anche in questo caso la constatazione dei progressi compiuti — da un semplice accenno nel preambolo del Trattato istitutivo, all'elaborazione di un certo numero di norme, di linee-guida, in un Accordo-quadro — non può che essere ridimensionata dall'analisi dei loro limiti: le poche norme vincolanti esistenti sono norme di carattere eminentemente tecnico, elaborate in modo settoriale e in assenza di una prospettiva globale; la possibilità di dotare l'organizzazione di uno strumento giuridico efficace e di livello « costituzionale » in materia ambientale si è scontrata con gli interessi divergenti degli Stati membri, facendo preferire un accordo dalla portata giuridica molto limitata e dalla natura essenzialmente programmatica; il SGT 6 ha concentrato la sua attenzione su questioni non prioritarie per la tutela dell'ambiente nel Mercosur, evitando di trattare — salvo poche eccezioni — reali problemi di dimensione transfrontaliera, e trovando, inoltre, numerose difficoltà nel trasmettere al GMC proposte normative efficaci (159). Non si può infine non registrare lo scarso coinvolgimento della società civile e delle organizzazioni non-go-

---

contesto del Mercosur e la Dichiarazione del Taranco fu pronunciata dai Ministri dell'ambiente dei quattro Stati membri.

(158) Sull'importanza della volontà politica degli Stati membri per l'elaborazione di una politica ambientale comune, cfr. ABBOTT, *Regional Integration and the Environment: The Evolution of Legal Regime*, in *Chicago-Kent Law Review*, 1992, p. 173, in part. p. 200.

(159) Occorre inoltre notare che negli Stati membri del Mercosur si è cercato di dare vita a forme di cooperazione trasnfrontaliere in materia ambientale alternative alle strutture ufficiali del Mercosur e il SGT 6 rischia di trovarsi a volte « sorpassato » da strutture ad esso concorrenti. È il caso della Ecosur, la « *Conferência sobre o Desenvolvimento Sustentável a Aspectos Transfronteiriços na Região do Mercosul* », istituita nel 1992 su iniziativa di due organismi regionali — uno argentino e uno brasiliano — che dal 1995, coinvolgendo anche Paraguay e Uruguay, avevano dato vita a forme di cooperazione transfrontaliera (sulla cooperazione transfrontaliera nel Mercosur, cfr. PONTE IGLESIAS, *Mercosur: una nueva dimension para la cooperación transfronteriza*, in PUEYO LOSA & REY CARO (ed.), *op. cit.*, *supra*, nota 9, e SALAS, *Participación de las regiones internas en el Mercosur*, in *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, 2000, p. 195). Con la Ecosur si è cercato di riunire enti governativi e non-governativi per la messa a punto di una poli-

vernative nel dibattito in materia ambientale nel Mercosur (160), a differenza di altre organizzazioni regionali (161).

La scelta di dare al processo di integrazione un carattere

---

tica ambientale regionale e transfrontaliera. La conferenza annuale si proponeva quindi si colmare una lacuna del processo di integrazione regionale, che, nel 1992 non comprendeva una dimensione ambientale (una sintesi dei risultati dei cicli della Ecosur può essere consultata sul sito *http://www.ecosul.ms.gov.br/descri.htm*. Si veda anche il documento prodotto dalla Ecosur 1996: *No Ciclo da Ecosul-Mercosul e Meio Ambiente: Oportunidades e Desafios para a Gestão Ambiental*). Se in un primo tempo si può constatare un'interazione positiva tra la Ecosur e il Mercosur (ad esempio la Ecosur raccomanda agli organi del Mercosur la creazione di un organo con una specifica competenza ambientale), in un secondo tempo il rapporto tra le due istanze diventa più ambiguo, non essendo chiaro se a prevalere sia la loro complementarietà o non piuttosto la sovrapposizione dei loro obiettivi e delle loro competenze nel settore ambientale. In particolare, all'interno della Ecosur si sta attualmente studiando l'opportunità di dare vita ad una *instancia para la gestión ambiental transfronteriza en el marco del Mercosur*, che appare in evidente sovrapposizione con il SGT 6, organo che ha sempre mantenuto una certa diffidenza nei confronti della Ecosur (cfr. Barbosa Pereira, *Comentarios sobre la necesidad de la conformación de una instancia para la gestión ambiental transfronteriza dentro el marco del Mercosur*, documento del apoyo a las discusiones preparado para la II Reunión Técnica Especializada preparatória a la Ecosur 2000, consultabile sul sito *http://www.pr.gov.br/celepar/sema/iap/13090002.doc*). A nostro giudizio la Ecosur e il SGT 6 possono rappresentare due momenti complementari della politica ambientale del Mercosur. La prima rappresenta un'iniziativa senza dubbio preziosa, soprattutto in ragione della sua larga rappresentatività non solo dei governi locali ma anche della società civile e degli interessi da questa espressi attraverso le organizzazioni non-governative. Sarebbe pertanto logico identificare in essa la sede più naturale per il dibattito e l'individuazione dei problemi più rilevanti sentiti dai governi e dalle popolazioni dell'area del mercato comune. Questo dibattito dovrebbe fornire indicazioni importanti per l'agenda del SGT 6, che, in qualità di struttura formale del Mercosur in campo ambientale, dovrebbe tradurre le raccomandazioni emerse nella Ecosur in regolamentazione giuridica, dandone così un'esecuzione in forma istituzionalizzata.

(160) Nella seconda riunione del SGT 6, nel maggio del 1996, quest'organo aveva deciso di permettere una partecipazione del « settore privato » (è sintomatico che non venga usata l'espressione « settore non-governativo ») alle sue riunioni, ma solo durante la fase cosiddetta « preparatoria » dei lavori, mentre nella successiva fase decisionale solo i rappresentanti del governi avrebbero potuto partecipare. I rappresentanti del settore privato non avrebbero potuto essere più di tre per ogni Stato membro (v. Acta 1/96, punto II). In generale, comunque, nonostante questa decisione, si può constatare una scarsa attenzione verso la società civile all'interno dei processi decisionali del Mercosur. Da qui, anche, l'importanza di un rafforzamento dei contatti tra SGT 6 e Ecosur, cui si accenna nella nota precedente.

(161) Sull'importante ruolo svolto dagli individui e dalle organizzazioni

esclusivamente intergovernativo è certamente determinante nello spiegare questo scenario. In particolare, l'assenza di un sistema di soluzione delle controversie permanente, obbligatorio e sovranazionale, sul modello della Corte di giustizia delle Comunità europee, la quale ha avuto un ruolo decisivo nello sviluppo della competenza ambientale comunitaria (162), costituisce uno dei maggiori ostacoli all'elaborazione di una politica ambientale del Mercosur (163). Si aggiungono la diversità delle normative ambientali nazionali (164) e l'articolazione federale interna di due Stati membri, che senz'altro contribuisce a rendere più complessa la ripartizione delle competenze in materia ambientale tra gli Stati e l'organizzazione. Il fatto poi che gli Stati membri siano paesi in via di sviluppo costituisce senz'altro una spiegazione centrale: la priorità accordata all'esigenza di crescita economica rispetto alla tutela dell'ambiente è una tendenza tipica di questa categoria di paesi e non può che essere compresa. Ne risulta che il Mercosur, almeno in materia ambientale, appare per ora più come una somma delle sue parti che un'entità distinta da esse e dotata di una propria autonomia; attualmente rimane pertanto dominante il semplice coordinamento tra i membri, rispetto ad un'effettiva integrazione positiva.

Il paragone tra il Mercosur e altre organizzazione economi-

---

non-governative all'interno del Nafta, così come disciplinato dal Naaec, cfr. POWELL, *Environmental Protection in International Trade Agreement: The Role of Public Participation in the Aftermath of the Nafta*, in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1995, p. 109; MACCALLUM, *Evaluating the Citizen Submission Procedure Under the North American Agreement on Environmental Cooperation*, in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1997, p. 395.

(162) Si pensi soltanto al caso *Danish bottles* (C-302/86, sentenza del 20 settembre 1988, in *CJCE Recueil*, 1988, p. 4607), nel quale la Corte ha riconosciuto per la prima volta che la protezione dell'ambiente può costituire una restrizione giustificata alla libera circolazione delle merci.

(163) Sul ruolo del sistema di soluzione delle controversie cfr. TREVES, *Le controversie internazionali. Nuove tendenze, nuovi tribunali*, Milano, 1999, in particolare p. 17; per quanto riguarda il Naaec, si veda ABBOTT, *The Nafta Environmental Dispute Settlement System as Prototype for Regional Integration Arrangements*, in *Yearbook of International Environmental Law*, 1993, p. 1.

(164) Solo il Brasile è dotato di una norma-quadro in materia ambientale (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente 6.938/81).

che regionali (165) sotto il profilo della tutela dell'ambiente deve dunque registrare un certo ritardo del primo. Tale ritardo assume una rilevanza maggiore in ragione del contesto internazionale attuale, caratterizzato da un acceso dibattito sul rapporto tra liberalizzazione del commercio e protezione dell'ambiente e dal progressivo sviluppo di un complesso corpo di norme di diritto internazionale ambientale che costituiscono un punto di riferimento ormai quasi obbligato. Tuttavia è anche un ritardo almeno parzialmente giustificato per le ragioni che si è cercato di mettere in luce e che potrà essere colmato con il progredire e l'approfondirsi del processo di integrazione latino-americano.

ALLEGATO 1

DIRECTRICES BÁSICAS EN MATERIA DE POLÍTICA AMBIENTAL

1) Asegurar la armonización de la legislación ambiental entre los Estados Partes del Tratado de Asunción, entendiendo que armonizar no implica el establecimiento de una legislación única;
2) Asegurar condiciones ecuánimes de competitividad entre los Estados Partes para incluir el costo ambiental en el análisis de la estructura de costo total de cualquier proceso productivo;
3) Garantizar la adopción de prácticas no degradantes del Medio Ambiente en los procesos que utilizan los Recursos Naturales;
4) Asegurar la adopción del manejo sustentable en el aprovechamiento de los recursos naturales renovables a fin de garantizar su utilización futura;

---

(165) Per il Nafta e l'Unione europea, si veda *supra*, nota 14. Sul trattamento della questione ambientale all'interno dell'Asean (Association of South East Asian Nations) e dell'Apec (Asia Pacific Economic Co-operation), cfr. ROSE, *Regional Environmental Law in South East Asia*, in *Review of the European Community and International Environmental Law*, 1995, p. 40; ZARSKY, *The Asia-Pacific Cooperation Forum and the Environment: Regional Environmental Governance in the Age of Economic Globalization*, in *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, 1997, p. 321; BOER, RAMSAY, ROTHWELL, *International Environmental Law in the Asia Pacific*, London-The Hague-Boston, 1998 (in particolare, p. 225); IDA, *Sustainable Development in the APEC*, in WEISS, DENTERS, DE WAART, *op. cit.*, *supra*, nota 48. In generale, sulla tutela dell'ambiente nelle organizzazioni regionali, cfr. ESTY & GERADIN, *Market Access, Competitiveness and Harmonization: Environmental Protection in Regional Trade Agreement*, in *The Harvard Environmental Law Review*, 1997, p. 265; ABBOTT, *Regional Integration*, cit., *supra*, nota 158; MARCHISIO, *Integrazione*, cit., *supra*, nota 48; SCOVAZZI, (ed.), *op. cit.*, *supra*, nota 48.

5) Asegurar la obligatoriedad de la adopción de práctica de licencias/habilitaciones ambientales para todas las actividades potencialmente degradantes del medio ambiente de los Estados Partes, teniendo como uno de los instrumentos la evaluación del impacto ambiental;
6) Asegurar la minimización y/o eliminación del lanzamiento de contaminantes a partir del desarrollo y adopción de tecnologías apropiadas, tecnologías limpias y de reciclajes, y del tratamiento adecuado de los residuos sólidos, líquidos y gaseosos;
7) Asegurar el menor grado de deterioro ambiental en los procesos productivos y en los productos de intercambio, teniendo en vista la integración regional en el ámbito del Mercosur;
8) Asegurar la concentración de las acciones objetivando la armonización de procedimientos legales y/o institucionales para la licencia/habilitación ambiental y la realización de los respectivos monitoreos de las actividades que pueden generar impactos ambientales en ecosistemas compartidos;
9) Estimular la coordinación de criterios ambientales comunes para la negociación e implementación de actos internacionales de incidencia prioritaria en los procesos de integración;
10) Promover el fortalecimiento de las instituciones para una gestión ambientalmente sustentable mediante el aumento de información sustantiva para la toma de decisiones, el mejoramiento de las capacidades de evaluación, y el perfeccionamiento de las instituciones de educación, capacitación e investigación;
11) Garantizar que las actividades relacionadas al desarrollo del turismo entre los Estados Partes consideren los principios y normas que aseguren el equilibrio ambiental.

ALLEGATO 2

ACUERDO MARCO SOBRE MEDIO AMBIENTE DEL MERCOSUR

PREÁMBULO

La República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, en adelante denominadas los Estados Partes:

Resaltando la necesidad de cooperar para la protección del medio ambiente y la utilización sustentable de los recursos naturales, con vistas a alcanzar una mejor calidad de vida y un desarrollo económico, social y ambiental sustentables;

Convencidos de los beneficios de la participación de la sociedad civil en la protección del medio ambiente y en la utilización sustentable de los recursos naturales;

Reconociendo la importancia de la cooperación entre los Estados Partes

con el objetivo de apoyar y promover la implementación de sus compromisos internacionales en materia ambiental, observando la legislación y las políticas nacionales vigentes;

Reafirmando los preceptos de desarrollo sustentable previstos en la Agenda XXI, adoptada en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo en 1992;

Considerando que las políticas comerciales y ambientales deben complementarse, para segurar el desarrollo sustentable en el ámbito del Mercosur;

Convencidos de la importancia de un marco jurídico que facilite la efectiva protección del medio ambiente y el uso sustentable de los recursos naturales de los Estados Partes,

ACUERDAN:

CAPÍTULO I. *Principios*

ARTÍCULO 1. — Los Estados Partes reafirman los principios enunciados en la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de 1992 y se comprometen a actuar en concordancia con los mismos, en el marco del Tratado de Asunción.

ARTÍCULO 2. — Los Estados Partes analizarán la posibilidad de instrumentar la aplicación de aquellos principios de la Declaración de Río de Janeiro sobre Medio Ambiente y Desarrollo, de 1992, que no hayan sido objeto de tratados internacionales.

ARTÍCULO 3. — En sus acciones para alcanzar el objeto de este Acuerdo e implementar sus disposiciones, los Estados Partes deberán orientarse, inter alía, por lo siguiente:

a) promoción de la protección del medio ambiente y del aprovechamiento más eficaz de los recursos disponibles mediante la coordinación de políticas sectoriales, sobre la base de los principios de gradualidad, flexibilidad y equilibrio;

b) incorporación del componente ambiental en las políticas sectoriales e inclusión de las consideraciones ambientales en la toma de decisiones que se adopten en el ámbito del Mercosur, para el fortalecimiento de la integración;

c) promoción del desarrollo sustentable por medio del apoyo recíproco entre los sectores ambientales y económicos, evitando la adopción de medidas que restrinjan o distorsionen, de manera arbitraria o injustificada, la libre circulación de bienes y servicios en el ámbito del Mercosur;

d) tratamiento prioritario e integral de las causas y las fuentes de los problemas ambientales;

e) promoción de una efectiva participación de la sociedad civil en el tratamiento de las cuestiones ambientales; y

f) fomento a la internalización de los costos ambientales mediante el uso de instrumentos económicos y regulatorios de gestión.

Capítulo II. *Objeto*

Artículo 4. — El presente Acuerdo tiene por objeto el desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente, mediante la articulación de las dimensiones económicas, sociales y ambientales, contribuyendo a una mejor calidad del ambiente y de la vida de la población.

Capítulo III. *Cooperación en Materia Ambiental*

Artículo 5. — Los Estados Partes cooperarán en el cumplimiento de los acuerdos internacionales que contemplen materia ambiental de los cuales sean parte. Esta cooperación podrá incluir, cuando se estime conveniente, la adopción de políticas comunes para la protección del medio ambiente, la conservación de los recursos naturales, la promoción del desarrollo sustentable, la presentación de comunicaciones conjuntas sobre temas de interés común y el intercambio de información sobre las posiciones nacionales en foros ambientales internacionales.

Artículo 6. — Los Estados Partes profundizarán el análisis de los problemas ambientales de la subregión con la participación de los organismos nacionales competentes y de las organizaciones de la sociedad civil, debiendo implementar, entre otras, las siguientes acciones:

a) incrementar el intercambio de información sobre leyes, reglamentos, procedimientos, políticas y prácticas ambientales así como sus aspectos sociales, culturales, económicos y de salud, en particular, aquellos que puedan afectar al comercio o las condiciones de competitividad en el ámbito del Mercosur;

b) incentivar políticas e instrumentos nacionales en materia ambiental, buscando optimizar la gestión del medio ambiente;

c) buscar la armonización de las legislaciones ambientales, considerando las diferentes realidades ambientales, sociales y económicas de los países del Mercosur;

d) identificar fuentes de financiamiento para el desarrollo de las capacidades de los Estados Partes, a efectos de contribuir con la implementación del presente Acuerdo;

e) contribuir a la promoción de condiciones de trabajo ambientalmente saludables y seguras para que, en el marco de un desarrollo sustentable, se posibilite mejorar la calidad de vida, el bienestar social y la generación de empleo;

f) contribuir para que los demás foros e instancias del Mercosur consideren adecuada y oportunamente los aspectos ambientales pertinentes;

g) promover la adopción de políticas, procesos productivos y servicios no degradantes del medio ambiente;

h) incentivar la investigación científica y el desarrollo de tecnologias límpias;

i) promover el uso de instrumentos económicos de apoyo a la ejecución de las políticas para el desarrollo sustentable y la protección del medio ambiente;

j) estimular la armonización de las directrices legales e institucionales, con el objeto de prevenir, controlar y mitigar los impactos ambientales en los Estados Partes, con especial referencia a las áreas fronterizas;

k) brindar, en forma oportuna, información sobre desastres y emergencias ambientales que puedan afectar a los demás Estados Partes, y cuando fuere posible, apoyo técnico y operativo;

l) promover la educación ambiental formal y no formal y fomentar conocimientos, hábitos de conducta e integración de valores orientados a las transformaciones necesarias para alcanzar el desarrollo sustentable en el ámbito del Mercosur;

m) considerar los aspectos culturales, cuando corresponda, en los procesos de toma de decisión en materia ambiental; y

n) desarrollar acuerdos sectoriales, en temas específicos, conforme sea necesario para la consecusión del objeto de este Acuerdo.

ARTÍCULO 7. — Los Estados Partes acordarán pautas de trabajo que contemplen las áreas temáticas previstas como Anexo al presente instrumento, las cuales son de carácter enunciativo y serán desarrolladas en consonancia con la agenda de trabajo ambiental del Mercosur.

CAPÍTULO IV. *Disposiciones Generales*

ARTÍCULO 8. — Las controversias que surgieran entre los Estados Partes respecto de la aplicación, interpretación o incumplimiento de las disposiciones contempladas en el presente Acuerdo serán resueltas por medio del sistema de solución de controversias vigente en el Mercosur.

ARTÍCULO 9. — El presente Acuerdo tendrá duración indefinida y entrará en vigor, en un plazo de 30 (treinta) días a partir del depósito del cuarto instrumento de ratificación.

ARTÍCULO 10. — La República del Paraguay será la depositaria del presente Acuerdo y demás instrumentos de ratificación.

ARTÍCULO 11. — La República del Paraguay notificará a los gobiernos de los demás Estados Partes la fecha de depósito de los instrumentos de ratificación y de la entrada en vigor del presente Acuerdo.

Hecho en la ciudad de Asunción, a los 21 días de junio de 2001, en un original, en los idiomas portugués y español, siendo ambos textos igualmente auténticos.

ANEXO

AREAS TEMATICAS

1. Gestión sustentable de los recursos naturales
   1.*a*. fauna y flora silvestres

1.*b*. bosques
1.*c*. áreas protegidas
1.*d*. diversidad biológica
1.*e*. bioseguridad
1.*f*. recursos hídricos
1.*g*. recursos ictícolas y acuícolas
1.*h*. conservación del suelo

2. Calidad de vida y planeamiento ambiental
2.*a*. saneamiento básico y agua potable
2.*b*. residuos urbanos e industriales
2.*c*. residuos peligrosos
2.*d*. sustancias y productos peligrosos
2.*e*. protección de la atmósfera / calidad del aire
2.*f*. planificación del uso del suelo
2.*g*. transporte urbano
2.*h*. fuentes renovables y/o alternativas de energía

3. Instrumentos de política ambiental
3.*a*. legislación ambiental
3.*b*. instrumentos económicos
3.*c*. educación, información y comunicación ambiental
3.*d*. instrumentos de control ambiental
3.*e*. evaluación de impacto ambiental
3.*f*. contabilidad ambiental
3.*g*. gerenciamiento ambiental de empresas
3.*h*. tecnologias ambientales (investigación, procesos y productos)
3.*i*. sistemas de información
3.*j*. emergencias ambientales
3.*k*. valoración de productos y servicios ambientales

4. Actividades productivas ambientalmente sustentables
4.*a*. ecoturismo
4.*b*. agropecuaria sustentable
4.*c*. gestión ambiental empresarial
4.*d*. manejo forestal sustentable
4.*e*. pesca sustentable.

XV.

PASSAGGIO INOFFENSIVO, NAVIGAZIONE STRANIERA E POTERI DELLO STATO COSTIERO NEL MARE TERRITORIALE: SPUNTI DI RIFLESSIONE SU ALCUNE MANIFESTAZIONI RECENTI DELLA PRASSI ITALIANA

DI

GABRIELLA GASPARRO

Ricercatore confermato nell'Università degli Studi di Genova

SOMMARIO: 1. La direttiva del Ministro per l'Ambiente del 3 ottobre 2000 e l'art. 5 della l. n. 51 del 2001. — 2. Passaggio inoffensivo e poteri dello Stato costiero di regolamentare la navigazione straniera nella Convenzione di Montego Bay. — 3. I poteri di regolamentazione nel settore della sicurezza della navigazione e della protezione dell'ambiente. — 4. Gli obblighi dello Stato costiero relativi al passaggio inoffensivo delle navi straniere nelle acque territoriali. — 5. I diritti di protezione dello Stato costiero: la sospensione del passaggio inoffensivo e l'art. 5 della l. n. 51 del 2001. — 6. Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nelle norme della Convenzione di Montego Bay che disciplinano la potestà regolamentare dello Stato costiero nelle acque territoriali. — 7. Considerazioni conclusive sulla direttiva del Ministro per l'Ambiente.

1. Nel mese di settembre del 2000 la Eurobulker, una nave di nazionalità cambogiana con un carico di circa diecimila tonnellate di carbone, affondava nel mare di Sardegna spargendo una quantità imprecisata di gasolio (1). A seguito di questo incidente il Ministro per l'Ambiente ha emanato, il 3 ottobre 2000, un provvedimento fortemente limitativo della navigazione nel mare territoriale italiano.

La direttiva prevede che tutte le navi straniere, al momento dell'accesso nelle acque territoriali nazionali — ed in particolare nelle aree « sensibili » — siano sottoposte, anche con la collaborazione del Corpo dei Vigili del Fuoco, ad accurati controlli circa il pieno rispetto delle norme internazionali vigenti in materia

(1) La nave, diretta a Portovesme per rifornire di carbone la vicina centrale dell'Enel, per un errore di manovra nell'avvicinamento al canale di ingresso del porto, si era incagliata in una secca, e lì si trovava da circa un mese quando si verificò l'affondamento: nell'urto sui fondali si era già prodotto uno squarcio di 30 metri nella chiglia da cui erano fuoriuscite diverse tonnellate di gasolio, trascinate dalle correnti verso le località turistiche di Carloforte, Calasetta e Sant'Antioco. Dopo questi fatti, a seguito di una forte mareggiata la nave si è spezzata in due tronconi ed è affondata, trascinando il suo carico e spargendo altro gasolio. Le indagini condotte dopo l'incidente hanno accertato che le condizioni dello scafo erano pessime e che tra i documenti di bordo non erano presenti le carte nautiche della zona.

di tutela dell'ambiente marino e di navigazione. Il provvedimento, inoltre, prevede la previa autorizzazione all'ingresso nelle acque territoriali delle navi che trasportano idrocarburi non dotate di doppio scafo: il rilascio dell'autorizzazione è sottoposto alla verifica delle condizioni di navigabilità della nave, compiuta tenendo in particolare considerazione le condizioni del tempo e la rotta prevista (2).

Di qualche mese successiva alla direttiva del Ministro dell'Ambiente, la l. 7 marzo 2001 n. 51, recante « Disposizioni per la prevenzione dell'inquinamento derivante dal trasporto marittimo di idrocarburi e per il controllo del traffico marittimo », contiene una norma che, nuovamente, autorizza una compressione del diritto di passaggio inoffensivo delle navi straniere nelle acque territoriali (3). L'art. 5 di tale legge dispone che il Mini-

---

(2) Si riporta qui di seguito il testo della direttiva: « Si è avuto modo di constatare con sempre maggior frequenza che navi mercantili battenti bandiera estera (in particolare le c.d. bandiere di comodo) si sono rese responsabili di gravi inquinamenti, sia in via diretta a causa di rilasci deliberati o colposi, sia in via indiretta a seguito di sinistri in mare procurati dal mancato o inadeguato rispetto degli standard internazionali vigenti in materia. Pertanto, al fine di ovviare alla descritta situazione di costante minaccia dell'ecosistema marino e costiero della nostra Penisola, ai sensi dell'art. 7 della l. n. 239 del 1998 e per il dovuto perseguimento delle fondamentali finalità di tutela e difesa del mare di cui alla l. n. 979 del 1982, dispongo che, per la prevenzione e la sorveglianza di cui agli artt. 11 e 23 della citata l. n. 979 del 1982, tutte le navi straniere, al momento dell'entrata nelle acque territoriali nazionali e con particolare riguardo alle aree sensibili, siano sottoposte, anche con la collaborazione del Corpo dei Vigili del Fuoco, ad accurati controlli circa il pieno rispetto delle norme internazionali vigenti in materia di prevenzione e sicurezza della navigazione. In particolare, avuto riguardo alla estrema pericolosità del trasporto di idrocarburi, ai fini dell'inquinamento delle acque marine, e alla imminente stagione invernale, ove le condizioni meteomarine acuiscono particolarmente il rischio di incidenti in mare, le navi recanti tale carico che non siano dotate di doppio scafo potranno essere autorizzate all'ingresso nelle acque territoriali solo nel caso in cui, tenuto anche conto delle condizioni meteorologiche e della rotta seguita, le stesse siano in grado di navigare in condizioni di sicurezza documentata attraverso una specifica analisi delle condizioni di navigabilità della singola unità navale. Le disposizioni di cui alla presente direttiva si applicano anche alle navi battenti bandiera italiana in transito nelle acque territoriali. La presente direttiva vincolante è operativa dalla data di recepimento da parte delle Autorità Marittime ».

(3) La l. n. 51 del 2001 introduce una serie di norme dirette alla progressiva eliminazione della circolazione delle navi prive dei requisiti di sicurezza, in particolare delle navi a scafo singolo: tra esse, l'art. 1 promuove « l'uso di navi cister-

stro dei Trasporti e della Navigazione possa « limitare o vietare il transito e la sosta di navi mercantili nel mare territoriale per motivi di ordine pubblico, di sicurezza della navigazione e, di concerto con il Ministro dell'ambiente, per motivi di protezione dell'ambiente marino, delimitando le zone alle quali il divieto si estende » (4).

Le recenti manifestazioni della prassi italiana sopra ricordate offrono lo spunto per alcune considerazioni in merito alla loro compatibilità con alcune norme della Parte seconda, sez. III della Convenzione di Montego Bay del 1982 sul diritto del mare (5), che disciplinano il diritto di passaggio inoffensivo e i poteri dello Stato costiero di regolamentare la navigazione straniera nelle acque territoriali. Nei paragrafi che seguono si cercherà di mettere in luce, attraverso una loro opportuna analisi, la *ratio*

---

na a basso impatto ambientale e dotate dei più elevati standard di sicurezza e lo sviluppo dell'attività di controllo e di assistenza al traffico marittimo mercantile che interessa i porti italiani e le acque antistanti le coste nazionali »; gli artt. 2 e 3 dispongono incentivi e contributi per la demolizione del naviglio e l'art. 4, prevede per le imprese che beneficiano di questi contributi, successivamente alla loro erogazione, il divieto di utilizzare navi a scafo singolo di età superiore a venti anni, nonché il divieto di registrare navi a scafo singolo di età superiore a venti anni. Questa normativa, come anche la direttiva « Bordon », del 3 ottobre 2000, appartiene ad una serie di provvedimenti nazionali recentemente adottati, diretti alla prevenzione dell'inquinamento derivante dal trasporto di sostanze pericolose nelle acque territoriali e nelle acque interne. Infatti, successivamente alla direttiva del 3 ottobre 2000, il Ministro dell'Ambiente ha emanato, il 13 febbraio 2001, la c.d. « direttiva Venezia », integrata con una nota del 9 marzo, con cui è stata disposta una specifica regolamentazione degli accessi nella laguna di Venezia delle navi che trasportano sostanze pericolose previste agli allegati I e II della Convenzione MARPOL ed è stata recepita nel nostro ordinamento con d.m. 19 aprile 2000 n. 432 la direttiva comunitaria 95/21, relativa all'attuazione di norme internazionali per le ispezioni per la sicurezza delle navi e la prevenzione dell'inquinamento. Per un primo commento della l. n. 51 del 2001, si veda CARBONE, *Diritto internazionale e protezione dell'ambiente marino*, in *Dir. mar.*, 2001, p. 956 ss.

(4) L'art. 5 introduce una significativa modifica all'art. 83 del Codice della navigazione che prevedeva il potere del Ministro dei trasporti e della navigazione di limitare o vietare esclusivamente per motivi di ordine pubblico il transito e la sosta di navi mercantili nel mare territoriale determinando le zone alle quali il divieto si estende.

(5) La Convenzione di Montego Bay, considerata dalla dottrina « lo strumento basilare per descrivere l'attuale diritto internazionale del mare », è stata ratificata con l. 2 dicembre 1994, n. 689, pubblicata in *G.U.* n. 295 S.O. del 19 dicembre 1994 ed è in vigore nel nostro ordinamento dal 12 febbraio 1995.

che sta alla base di questa disciplina ed i motivi che consentono di dubitare della piena conformità delle norme italiane con il disposto convenzionale.

2. L'istituto del diritto di passaggio inoffensivo risponde alla finalità di contemperare due opposti interessi: quello di tutti gli Stati ad esercitare la libertà di navigazione e a veder assicurato il normale svolgimento dei traffici marittimi, da un lato, e quello degli Stati costieri ad esercitare poteri sovrani nelle proprie acque territoriali, dall'altro (6).

Tipica espressione della sovranità tradizionalmente riconosciuta a favore delle Stato costiero in questo spazio marino è la potestà di disciplinare con proprie leggi e regolamenti la navigazione nelle acque territoriali. Come è noto, le norme in questione sono adottate dagli Stati costieri non già al fine di tutelarsi nei confronti di un passaggio « non inoffensivo », cioè di un passaggio che — in linea con quanto specificato al riguardo dall'art. 19 della Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare — attenti alla pace, al buon ordine e alla sicurezza dello Stato stesso, bensì per proteggere, attraverso la regolamentazione del transito delle navi straniere, interessi nazionali considerati essenziali e fondamentali. Il che consente di trarre, a titolo di conseguenza ulteriore, il principio per cui il passaggio di navi straniere in acque territoriali è da presumersi « inoffensivo ».

La competenza dello Stato costiero a disciplinare la navigazione straniera nelle acque territoriali è prevista agli artt. 21 e 22 (7) della medesima Convenzione di Montego Bay. A tale pro-

---

(6) L'istituto del diritto di passaggio inoffensivo nel mare territoriale è regolato dagli artt. da 17 a 26 della Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare del 1982: queste norme, salvo alcune modifiche di cui si darà conto nel corso del presente lavoro, si pongono in linea di continuità con il regime codificato per la prima volta nella Convenzione di Ginevra sul mare territoriale e la zona contigua del 1958 negli artt. da 14 a 23. Tra i lavori più recenti in tema di passaggio inoffensivo si veda anche, oltre agli autori citati alla nota 7, ROTHWELL, *Innocent Passage in the Territorial Sea: The UNCLOS Regime and Asia Pacific State Practice*, in *Navigational Rights And Freedoms And The New Law Of The Sea*, a cura di ROTHWELL, BATEMAN, The Hague, 2000, p. 74 ss.; HAKAPÄÄ, MOLENAAR, *Innocent passage - past and present*, in *Marine Policy*, vol. 23, 1999, pp. 131-145.

(7) Sui poteri dello Stato costiero di regolamentazione della navigazione nel mare territoriale, cfr. CATALDI, *Il passaggio delle navi straniere nel mare territo-*

posito, la dottrina ha da tempo messo in luce come le materie in cui gli Stati possono legiferare a norma dell'art. 21 (8) corrispondano alla tutela di interessi diversi: innanzi tutto, interessi di natura più generale, quali la sicurezza della navigazione, la preservazione dell'ambiente e il controllo dell'inquinamento, la protezione di attrezzature e sistemi di ausilio alla navigazione, la posa di cavi e condotte, la conservazione delle risorse biologiche; quindi, interessi « particolari » dello Stato, quali la pesca, la ri-

---

riale, Milano, 1990, spec. p. 148 ss.; KASOULIDES, *Port State Control and Jurisdiction: Evolution of the Port State Regime*, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1993; MOLENAAR, *Coastal State Jurisdiction Over Vessel - Source Pollution*, The Hague-Boston-London, 1998, spec. p. 195 ss.; RINGBOM, *Competing Norms in the Law of Maritime Environmental Protection*, London-The Hague-Boston, 1997, spec. p. 83 ss.; RONZITTI, *Il passaggio inoffensivo nel mare territoriale e la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare*, in *Riv. dir. int.*, 1985, p. 32 ss.; SMITH, *Innocent Passage as a Rule of Decision; Navigation v. Environmental Protection*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 1982, p. 49 ss.; TREVES, *Navigation*, in *A Handbook on the New Law of the Sea*, 2, a cura di DUPUY-VIGNES, Dordrecht-Boston-Lancaster, 1991, p. 917 ss. Sulla prassi degli Stati relativa alla regolamentazione del passaggio nelle acque territoriali, cfr. TREVES, *Codification du droit international et pratique des Etats dans le droit de la mer*, in *R.C.A.D.I.*, 1990, IV, p. 109 ss.

(8) L'art. 21 prevede che « 1. The coastal State may adopt laws and regulations in conformity with the provisions of this Convention and other rules of international law, relating to innocent passage through the territorial sea, in respect of all or any of the following:

(a) the safety of navigation and the regulation of maritime traffic;

(b) the protection of navigational aids and facilities and other facilities or installations;

(c) the protection of cables and pipelines;

(d) the conservation of living resources of the sea;

(e) the prevention of infringment of the fisheries laws and regulations of the coastal State;

(f) the preservation of the environment of the coastal State and the prevention, reduction and control of pollution thereof;

(g) marine scientific research and hydrographic surveys;

(h) the prevention of infringment of the custom, fiscal, immigration or sanitary laws and regulation of the coastal State.

2. Such laws and regulations shall not apply to the design, construction, manning or equipment of foreign ships unless they are giving effect to generally accepted international rules or standards.

3. The coastal State shall give due publicity to all such laws and regulations.

4. Foreign ships exercising the right of innocent passage through the territorial sea shall comply with all such laws and regulations and generally accepted international regulations relating to the prevention of collision at sea ».

cerca scientifica, la prevenzione di violazioni di norme di natura doganale, fiscale, sanitaria e di immigrazione.

A differenza di quanto avveniva sulla base dell'art. 17 della Convenzione di Ginevra sul mare territoriale del 1958, la disciplina posta dall'art. 21 prevede una normativa molto più dettagliata, e tendenzialmente esaustiva, che risponde alla finalità di limitare alle materie elencate i poteri di interferenza dello Stato sulla navigazione straniera (9).

In particolare la competenza a legiferare nel settore della sicurezza della navigazione e della protezione dell'ambiente marino, materie che hanno costituito oggetto della recente direttiva del Ministro per l'Ambiente e dell'art. 5 della l. n. 51 del 2001, è prevista rispettivamente alle lett. *a*) e *f*) del par. 1 dell'art. 21. Le due materie sono strettamente connesse poiché è fuori di dubbio che un'efficace normativa in tema di sicurezza della navigazione contribuisce ad un'altrettanto efficace preservazione dell'ambiente marino e controllo dell'inquinamento.

Pare opportuno a questo punto osservare che l'art. 19, par. 2, della Convenzione di Montego Bay indica una lista di attività pregiudizievoli per la pace, il buon ordine e la sicurezza dello Stato costiero, che possono configurare un passaggio « non inoffensivo », alcune delle quali, riguardano materie in cui, come abbiamo qui sopra indicato, lo Stato può legiferare sulla base dell'art. 21.

L'elencazione degli atti pregiudizievoli rappresenta una novità rispetto all'art. 14 della Convenzione di Ginevra sul mare

---

(9) Secondo l'art. 17 della Convenzione di Ginevra « Foreign ships exercising the right of innocent passage shall comply with the laws and regulations enacted by the coastal State in conformity with these articles and others rules of international law and, in particular, with such laws and regulations relating to transport and navigation ». Come sottolineato da CATALDI, in *Il passaggio delle navi straniere nel mare territoriale*, cit., p. 149, la norma, pur indicando alcune materie sulle quali può vertere il potere regolamentare dello Stato costiero, pone l'accento più sull'obbligo delle navi straniere di conformarsi alle leggi e ai regolamenti da esso posti che sul contenuto della sua competenza normativa, che sembrerebbe non incontrare limiti. Così anche TREVES, *Navigation*, cit., p. 917, il quale, a proposito del carattere esaustivo delle materie indicate all'art. 21, sottolinea come esso risulti molto più chiaro dal testo inglese e da quello spagnolo piuttosto che da quello francese. L'Autore inoltre afferma che tale carattere esaustivo sembrerebbe non corrispondere al diritto consuetudinario.

territoriale e la zona contigua (10), ed è stata introdotta nella Convenzione di Montego Bay per non lasciare la determinazione dell'« innocenza » del passaggio alla valutazione unilaterale e discrezionale dello Stato costiero, basata esclusivamente sul concetto piuttosto vago di pregiudizio alla pace, al buon ordine e alla sicurezza dello stesso.

In particolare, gli atti indicati alle lett. *h*) e *k*) del par. 2 dell'art. 19 comprendono attività che possono essere ricondotte alle materie indicate alle lett. *a*) e *f*) del comma 1 dell'art. 21 (11). A questo proposito, fin d'ora preme sottolineare che, non necessariamente, la nave in passaggio nelle acque territoriali straniere che commetta una violazione delle leggi e dei regolamenti emanati dallo Stato costiero nei settori della sicurezza della navigazione e della protezione dell'ambiente, così come nelle altre materie indicate all'art. 21, compie un « passaggio non inoffensivo », tale da legittimare lo Stato a sanzionare il comportamento e ad adottare misure quali la sospensione o addirittura il divieto di passaggio (12).

Ciò appare evidente nel caso di un inquinamento accidentale o di lieve entità che si verifichi nelle acque territoriali di un determinato Stato: infatti l'art. 19 par. 2 *h*) si riferisce a « any act

---

(10) L'art. 14 della Convenzione di Ginevra, infatti, si limita a definire « passaggio inoffensivo » quello che non arreca pregiudizio alla pace al buon ordine e alla sicurezza dello Stato costiero ed indica un unico caso in cui il passaggio debba essere considerato « non inoffensivo »: quello delle navi da pesca che « non si conformino alle leggi e regolamenti che lo Stato costiero può emanare al fine di impedire la pesca nel mare territoriale ».

(11) Art. 19 2.: « Passage of foreign ship shall be considered to be prejudicial to the peace, good order or security of the coastal State if in the territorial sea it engages in any of the following activities: [...]

(i) any act of wilful and serious pollution contrary to this Convention; [...]

(k) any act aimed at interferring with any sistem of communication or any other facilities or installation of the coastal State; [...].

(12) Si veda a questo proposito FITZMAURICE, *Some results of the Geneva Conference on the Law of the Sea*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1959, p. 94. Commentando le disposizioni della Convenzione del 1958 sul passaggio inoffensivo e sul potere legislativo e regolamentare dello Stato costiero, l'Autore osserva: « If a vessel infringes such laws or regulations, she may be liable to a fine or penalty: but her passage does not, merely on that account, cease to be innocent, or become liable to be prevented or denied entirely ». In linea con l'interpretazione di Fitzmaurice si pone anche la maggioranza della dottrina che ha commentato l'art. 21 della Convenzione di Montego Bay.

of wilful and serious pollution », richiedendo quindi il duplice requisito della intenzionalità e della gravità perché il passaggio della nave possa perdere il carattere di inoffensività (13).

3. Quando la sicurezza della navigazione lo richiede, lo Stato costiero — a norma dell'art. 22 della Convenzione di Montego Bay (14) — può istituire corridoi di traffico e schemi di separazione dello stesso, che le navi straniere in passaggio sono tenute a rispettare (15): in particolare, il par. 2 prevede che lo Stato abbia il potere di fissare norme più severe per alcune categorie di navi, (navi-cisterna, navi a propulsione nucleare, navi che trasportano sostanze nucleari o radioattive o altre sostanze

---

(13) Per una critica dell'art. 19 par. 2 *h*) e sul significato da attribuire ai termini *wilful e serious*, si veda SMITH, *Innocent Passage as a Rule of Decision*, cit., p. 85 ss.

(14) Art. 22. 1. « The coastal State may, where necessary having regard to the safety of navigation, require foreign ships exercising the right of innocent passage through its territorial sea to use such sea lanes and traffic separations schemes as it may designate or prescribe for the regulation of the passage of ships.

2. In particolar, tankers, nuclear powered ships and ships carrying nuclear or other inherently dangerous or noxious substances or materials may be required to confine their passage to such sea lanes.

3. In the designation of sea lanes and the prescription of traffic separation schemes under this article, the coastal State shall take into account:

(a) the recommendation of the competent international organisation;

(b) any channel customarily used for international navigation;

(c) the special characteristics of particular ships and channels; and

(d) the density of traffic.

4. The coastal State shall clearly indicate such sea lanes and traffic separation schemes on charts to which due publicity shall be given.

(15) Tra le misure nazionali istitutive di corridoi di traffico si può ricordare il decreto del Ministro della Marina Mercantile dell'8 maggio 1985, adottato a seguito dell'incidente verificatosi nel 1985 nello Stretto di Messina, che coinvolse le petroliere *Patmos* e *Castillo de Monte Aragon*, rispettivamente di nazionalità greca e spagnola: lo Stato italiano in questa occasione adottò una serie di provvedimenti tra cui il decreto appena citato, diretto alla regolamentazione del passaggio nello Stretto di Messina, il cui art. 1 predispone l'istituzione di uno schema obbligatorio di separazione del traffico nello Stretto: questa misura è conforme sia all'art. 17 della Convenzione di Ginevra del 1958, in vigore al momento della sua emanazione, sia all'art. 22 della Convenzione di Montego Bay. Sull'argomento cfr. CATALDI, *Il passaggio delle navi straniere*, cit., p. 154 e GESTRI, *Libertà di navigazione e prevenzione dell'inquinamento: il caso dello Stretto di Messina*, in *Riv. dir. int.*, 1986, p. 281 ss., spec. pp. 288 e 289.

intrinsecamente pericolose o nocive) il cui passaggio può risultare particolarmente rischioso per l'ambiente marino e la sicurezza della navigazione a causa delle caratteristiche intrinseche o dei materiali trasportati, e richiedere loro di utilizzare esclusivamente i corridoi di traffico a tal fine istituiti. A completamento della disposizione, la normativa convenzionale prevede, all'art. 23, che queste navi, nell'esercitare il diritto di passaggio inoffensivo, debbano tenere a bordo i documenti prescritti ed osservare le specifiche misure di sicurezza previste dagli accordi internazionali. È opportuno sottolineare fin d'ora che le normative statali, eventualmente adottate sulla base dell'art. 22 par. 2 e dell'art. 23 debbono riguardare le modalità del passaggio di queste navi e non possono prescrivere la necessità di una preventiva autorizzazione all'ingresso o spingersi fino a vietarlo: quello che si vuole sottolineare è che le sole caratteristiche delle navi o il materiale da esse trasportato non autorizzano lo Stato costiero a emettere provvedimenti impeditivi del passaggio (16).

Diverso sembra il caso in cui lo Stato costiero subordini l'ingresso nelle acque territoriali delle navi indicate al par. 2 dell'art. 23 che si dirigono verso i porti nazionali ad una preventiva autorizzazione: questa misura, secondo alcuni autori, potrebbe essere ricondotta al par. 2 dell'art. 25, che autorizza lo Stato costiero ad adottare « le misure necessarie » per prevenire ogni violazione delle condizioni cui è subordinata l'ammissione delle navi nelle sue acque interne (17).

Il controllo del rispetto, da parte delle navi nazionali, della disciplina posta dagli accordi internazionali in tema di misure di sicurezza della navigazione rientra tra gli obblighi dello Stato

---

(16) Alcune normative statali, comunque, non si conformano al dettato convenzionale e vietano l'ingresso nelle acque territoriali alle navi a propulsione nucleare: così, per esempio la legge spagnola del 1964. Il decreto francese del 19 giugno 1969 (abrogato successivamente nel 1982) subordinava il diritto di passaggio delle navi a propulsione nucleare ad un'autorizzazione preventiva. Cfr. LUCCHINI-VOELCKEL, *Droit de la mer*, Tome 2, Vol. 2, Paris, 1996, p. 262.

(17) Cfr. LUCCHINI-VOELCKEL, *ibidem*, p. 263: la prassi ricordata dagli autori riguarda la regolamentazione dell'ingresso delle navi a propulsione nucleare; per ciò che concerne le navi che trasportano idrocarburi le normative statali cui viene fatto riferimento prevedono, di norma, l'istituzione di corridoi di traffico o la necessità del rilascio di alcune informazioni al momento dell'ingresso nelle acque territoriali in conformità con gli artt. 22 e 23 della Convenzione di Montego Bay.

della bandiera, disciplinati all'art. 94 della Convenzione di Montego Bay: questa norma, prevede l'esercizio di poteri giurisdizionali e di controllo sulle navi nazionali relativamente alle questioni di carattere amministrativo, tecnico e sociale ed in particolare, il par. 5 stabilisce, inoltre, che nell'adottare le misure necessarie a salvaguardare la sicurezza della navigazione, lo Stato è tenuto sia ad attenersi alle norme, alle procedure e alle pratiche generalmente accettate, sia ad assumere qualsiasi iniziativa necessaria per garantirne l'osservanza (18).

La discrezionalità dello Stato nel predisporre le misure di sicurezza indicate al par. 2 dell'art. 22 è soggetta ad un limite generale, cioè la necessarietà dell'intervento, e ad altri limiti specifici, previsti al par. 3: lo Stato, infatti, deve tener conto di alcuni fattori, come le caratteristiche delle navi, i canali normalmente utilizzati nella navigazione internazionale, l'intensità del traffico e le raccomandazioni della competente organizzazione internazionale (19).

La dottrina (20) ha osservato come l'espressione « tener conto » non stia a significare che lo Stato costiero debba seguire le raccomandazioni dell'organizzazione volta a volta interessata ovvero che, in loro mancanza, esso non possa legiferare sulla materia: l'esistenza della raccomandazione funzionerebbe come una sorta di presunzione *iuris tantum*, con la conseguenza che lo Stato costiero che non vi si fosse conformato nell'adozione di misure legislative, dovrà motivare la propria condotta fornendo la prova di aver tenuto conto degli altri criteri indicati al par. 3 dell'art. 22.

---

(18) Art. 94. 1.: « Every State shall effectively exercise its jurisdiction and control in administrative, technical and social matters over ships flying its flag [...]

5. In taking the measures called for in paragraphs 3 and 4 each State is required to conform to generally accepted international regulations, procedures and practices and to take any steps which may be necessary to secure their observance ».

(19) Le raccomandazioni cui fa riferimento il par. 3 dell'art. 22 sono le raccomandazioni IMO, così come gli accordi internazionali cui si riferisce l'art. 23 sono quelli conclusi in ambito IMO. Tra questi riveste particolare importanza la Convenzione per la salvaguardia della vita umana in mare (SOLAS 1973) e il suo Annesso che riguarda il trasporto di sostanze pericolose, tra cui quelle radioattive.

(20) Cfr. TREVES, *La participation de « l'organisation internationale compétente » aux décisions de L'Etat côtier dans le nouveau droit de la mer*, in *Studi in onore di Roberto Ago*, II, Milano, 1987, p. 478.

È ancora il caso di ricordare che i poteri dello Stato costiero di legiferare in merito alla protezione dell'ambiente e al controllo dell'inquinamento, previsti alla lett. (f) par. 1 dell'art. 21, sono riaffermati nell'art. 211 parr. 3 e 4 della Parte XII della Convenzione in esame, dedicata alla protezione e preservazione dell'ambiente marino (21).

L'art. 211 disciplina l'inquinamento provocato da navi e detta una serie di disposizioni indirizzate prevalentemente agli Stati della bandiera ma anche agli Stati costieri, i quali, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze, possono adottare leggi e regolamenti atti a prevenire, ridurre e tenere sotto controllo l'inquinamento marino causato da navi. Mentre il par. 3 riguarda specificamente lo Stato del porto, e prescrive di dare debita diffusione e di comunicare alle competenti organizzazioni internazionali l'adozione di norme che impongono alle navi straniere disposizioni particolari per l'ingresso nei loro porti o acque interne, o per l'utilizzo delle installazioni per l'ormeggio al largo della costa, il par. 4 attribuisce agli Stati costieri nelle proprie acque territoriali, il potere di legiferare nel settore della prevenzione e preservazione dell'ambiente marino: la norma, inoltre, nel ribadire che le leggi e i regolamenti adottati dallo Stato in queste materie non devono ostacolare il diritto di passaggio inoffensivo, rafforza il limite di carattere generale, già previsto all'art. 24 della medesima Convenzione, sul quale torneremo nel paragrafo successivo.

Fin da ora preme invece sottolineare che la Convenzione di Montego Bay non prevede limiti particolari alla competenza legislativa nel settore della protezione dell'ambiente: trova pertanto applicazione il limite generale previsto al par. 2 dell'art. 21 per tutte le materie indicate dalla norma: le leggi e i regolamenti

---

(21) Art 211. 3. « States which establish particular requirements for the prevention, reduction and control of pollution of the marine environment as a condition for entry of foreign vessels into their ports or internal waters or for a call at their off-shore terminals shall give due publicity to such requirements and shall communicate them to the competent international organization [...]

4. Coastal States may, in the exercise of their sovereignty within their territorial sea, adopt laws and regulations for the prevention, reduction and control of marine pollution from foreign vessels, including vessels exercising the right of innocent passage. Such laws and regulations shall, in accordance with part II, section 3, not hamper innocent passage of foreign vessels ».

dello Stato costiero non dovranno riguardare la progettazione, l'armamento o l'allestimento di navi straniere a meno che non diano attuazione a regolamenti o norme internazionali generalmente accettate.

Questa disposizione è frutto di un compromesso, raggiunto dagli Stati nell'ambito della Terza Conferenza delle Nazioni Unite sul diritto del mare, tra le posizioni degli Stati marittimi, assolutamente contrari ad attribuire allo Stato costiero poteri che riguardassero le caratteristiche tecniche delle navi, e le posizioni di Stati Uniti, Canada, Australia e di molti Stati in via di sviluppo, favorevoli a tali poteri, sulla base di diverse motivazioni, quali, la necessità di una regolamentazione preventiva, il fondamentale diritto di protezione del territorio statuale, l'evidente scarsa probabilità di standard irragionevoli o confliggenti, dovuta alla dipendenza degli Stati costieri dal commercio marittimo (22).

Così, anche, è da considerare « inoffensivo » il mero passaggio di navi che trasportino sostanze pericolose o nocive. Ciò emerge in generale dall'analisi degli artt. 21 par. 2 e 23, ed in particolare, come è già stato osservato al par. 2, dall'art. 19 par. 2 *h*), che indica tra le attività da considerare in contrasto con le proprie disposizioni un atto di « inquinamento intenzionale e grave ». Secondo la Convenzione di Montego Bay dunque le caratteristiche delle navi o i materiali da esse trasportate di per sé non autorizzano lo Stato costiero ad adottare misure che ostacolino il diritto di passaggio inoffensivo, ma soltanto un atto deliberato di inquinamento posto in essere da queste navi nelle acque territoriali che provochi seri danni all'ambiente marino.

---

(22) Sul dibattito relativo ai poteri dello Stato costiero di legiferare sulle materie indicate al par. 2 dell'art. 21, nel corso della Terza Conferenza delle N.U. sul diritto del mare, cfr. SMITH, *Innocent passage as a rule of decision: Navigation v. Environmental Protection*, cit., p. 77 ss. L'Autore ritiene che il risultato raggiunto dalla norma sia una vittoria dell'interesse alla navigazione su quello alla protezione dell'ambiente. Si può notare che al momento in cui scrive l'Autore, non era ancora entrata in vigore la Convenzione di Londra del 1973 sull'inquinamento da navi, oggi considerata la normativa internazionale « generalmente accettata » cui fa riferimento il par. 3 dell'art. 21. Dopo la sua entrata in vigore, come osserva TREVES, in *Navigation*, cit. p. 922, « this victory looks more like an honourable compromise ». Sull'argomento si veda anche MOLENAAR, *Coastal State Jurisdiction Over Vessel-Source*, cit., p. 201.

4. L'art. 24 della Convenzione di Montego Bay (23) definisce in termini essenzialmente negativi i doveri dello Stato costiero: ad eccezione delle ipotesi previste dalla stessa Convenzione, non può ostacolare il passaggio delle navi straniere (24). In particolare, le leggi e i regolamenti adottati dallo Stato costiero non devono avere l'effetto pratico di impedire o limitare il diritto di passaggio e non devono operare discriminazioni di diritto o di fatto nei confronti delle navi straniere. Lo Stato è tenuto, inoltre, a pubblicizzare adeguatamente i pericoli per la navigazione nel mare territoriale di cui sia a conoscenza.

La disposizione in esame, nel riprendere i due principi contenuti nell'art. 15 della Convenzione di Ginevra sul mare territoriale del 1958 (25) (ai sensi del quale lo Stato costiero è tenuto a non impedire il passaggio inoffensivo ed a dare opportuna pubblicità ai pericoli per la navigazione), ha proceduto ad una riformulazione del primo di essi, precisandolo in modo più dettagliato: secondo il par. 1 dell'art. 24, i provvedimenti impeditivi del passaggio sono quelli specificamente diretti a disciplinare il passaggio ovvero quelli che, pur non manifestamente destinati

---

(23) Art. 24: « The coastal State shall not hamper the innocent passage of foreign ships through the territorial sea except in accordance with this Convention. In particular, in the application of this Convention or of any laws or regulations adopted in conformity with this Convention, the coastal State shall not:

(a) impose requirements on foreign ships which have the practical effect of denying or impairing the right of innocent passage; or

(b) discriminate in form or in fact against the ships of any State or against ships carrying cargoes to, from or on behalf of any State.

2. The coastal State shall give appropriate publicity to any danger to navigation, of which it has knowledge, within its territorial sea ».

(24) Tra i casi previsti dalla Convenzione, in cui lo Stato costiero può ostacolare il passaggio delle navi straniere nelle sue acque territoriali, si può menzionare l'ipotesi prevista all'art. 220 par. 2, secondo il quale, se esso ha fondati motivi per ritenere che una nave in navigazione nel suo mare territoriale abbia violato, durante il passaggio, leggi e regolamenti in materia di controllo dell'inquinamento da navi, può adottare provvedimenti quali l'ispezione della nave, e addirittura il sequestro, se le prove raccolte lo giustificano: in questo senso, TREVES, *Navigation*, cit., p. 918.

(25) Art. 15. 1. « The coastal State must not hamper innocent passage through the territorial sea.

2. The coastal State is required to give appropriate publicity to any dangers to navigation, of which it has knowledge, within its territorial sea ».

ad impedire, vietare o limitare il passaggio, producono tuttavia questo effetto pratico.

La *ratio* della norma emerge con chiarezza se si considera che, in mancanza dell'esplicito divieto che essa pone, l'ampio potere attribuito allo Stato costiero di legiferare nelle materie indicate all'art. 21 gli consentirebbe di emanare provvedimenti normativi la cui applicazione, in pratica, può impedire o limitare il passaggio stesso.

L'art. 24 sembra voler dunque operare una sorta di bilanciamento tra gli obblighi cui devono sottostare le navi straniere e gli obblighi dello Stato costiero di non impedire la navigazione straniera e sembrerebbe indicare a quest'ultimo di attenersi a parametri di ragionevolezza e proporzionalità nell'adozione delle misure legislative che disciplinano la navigazione straniera nelle acque territoriali (26).

5. L'art. 25 della Convenzione di Montego Bay riconosce allo Stato costiero il potere di reagire nei confronti di un passaggio « non inoffensivo », consentendogli di adottare le misure necessarie per impedire nel suo mare territoriale ogni passaggio che abbia queste caratteristiche.

Si tratta di una misura di natura preventiva, che lo Stato costiero può adottare per impedire una attività che rischia di diventare offensiva (27). Due sono le ipotesi contemplate: la prima, prevista al par. 2, riguarda il caso di navi dirette verso le acque interne o allo scalo presso installazioni portuali situate fuori delle acque interne, in cui lo Stato ha il diritto di adottare le misure necessarie per prevenire ogni violazione delle condizioni alle quali è subordinata l'ammissione di tali navi nelle acque interne o a tali scali. La seconda, contenuta nel par. 3, prevede la possibilità di sospendere temporaneamente il passaggio inoffensivo di navi straniere in zone specifiche del mare territoriale quando tale sospensione sia indispensabile per la protezione del-

(26) Cfr. SMITH, *Innocent Passage as a Rule of Decision*, cit., spec. pp. 91-93, TREVES, *Navigation*, cit., p. 919.

(27) In questo senso si veda RIPHAGEN, *Le droit de passage inoffensif après la 3e Conference*, in S.F.D.I., *Colloque de Rouen, Perspectives du droit de la mer à l'issue de la 3e Conférence des Nations Unies*, Paris, 1984, p. 192; CATALDI, *Il passaggio*, cit., p. 248.

la propria sicurezza, ivi comprese le esercitazioni con armi. Questa sospensione ha effetto dopo essere stata debitamente pubblicizzata e non deve operare discriminazioni di diritto o di fatto tra le navi straniere (28).

La prima ipotesi è in stretta correlazione col par. 3 dell'art. 211 che si occupa delle disposizioni fissate dagli Stati costieri in tema di prevenzione, riduzione e controllo dell'inquinamento provocato da navi come condizioni per ammettere le navi nei loro porti o acque interne. La Convenzione tace su quali siano le misure che lo Stato costiero può adottare nei confronti delle navi mercantili che compiano un passaggio « non inoffensivo »: le conseguenze sono dunque quelle previste dalle leggi e dai regolamenti dello Stato costiero, con il limite previsto all'art. 24 par. 1, secondo il quale, quando applica le leggi e i regolamenti adottati conformemente alla Convenzione, lo Stato costiero non deve imporre alle navi straniere obblighi che abbiano l'effetto pratico di impedire o limitare l'esercizio del passaggio inoffensivo. Sembra ancora opportuno sottolineare che anche il par. 3 dell'art. 211 si preoccupa di bilanciare gli interessi degli Stati costieri e quelli degli altri Stati, raccomandando allo Stato costiero di non adottare disposizioni che pregiudichino l'esercizio continuato del diritto di passaggio inoffensivo, né l'applicazione dell'art. 25 par. 2 (29): le misure restrittive che prevedono condizioni parti-

---

(28) Art. 25. 1. « The coastal State may take the necessary steps in its territorial sea to prevent passage which is non innocent.

2. In the case of ships proceeding to internal waters or a call at a port facility outside internal waters, the coastal State also has the right to take the necessary steps to prevent any breach of the conditions to which admission of those ships to internal waters or such a call is subject.

3. The coastal State may, without discrimination in form or in fact among foreign ships, suspend temporarily in specified areas of its territorial sea the innocent passage of foreign ships if such suspension is essential for the protection of its security, including weapons exercises. Such suspension shall take effect only after having been duly published ». L'art. 25 riprende con qualche modifica i parr. da 1 a 3 dell'art. 16 della Convenzione di Ginevra sul mare territoriale e la zona contigua, il cui par. 4 è riprodotto nell'art. 45 relativo al passaggio inoffensivo negli stretti usati per la navigazione internazionale. In particolare l'art. 16 non contiene il riferimento ai « weapons exercises ».

(29) Art. 211. 3. « This article is without prejudice to the continued exercise by a vessel of its right of innocent passage or to application of article 25, paragraph 2 ».

colari per l'entrata delle navi straniere nelle acque interne, eventualmente poste dallo Stato costiero, sono legittime nella misura in cui non ostacolano il diritto di passaggio.

Come appena ricordato, l'art. 25 par. 3 attribuisce allo Stato costiero il potere di sospendere il passaggio delle navi straniere quando ciò sia necessario per proteggere la propria sicurezza e specifica, con l'inciso « including weapons exercises » (30), (inciso che non era previsto nel corrispondente art. 16 della Convenzione di Ginevra sul Mare territoriale del 1958), che anche le manovre militari fanno parte delle attività poste in essere dagli Stati che possono giustificare la sospensione, purché questa sia temporanea, riguardi aree specifiche delle acque territoriali, e sia preventivamente e adeguatamente pubblicizzata.

Qualche dubbio può sorgere in merito al significato da attribuire al termine « sicurezza » utilizzato dalla disposizione in esame: ci si può chiedere, cioè, se esso vada inteso in senso lato e possa comprendere la protezione di interessi economici, della sicurezza della navigazione e dell'ambiente, o se, invece, esso debba essere inteso restrittivamente, e cioè esclusivamente nel senso della sicurezza militare, come del resto lascia intendere la formulazione della norma.

È quest'ultima interpretazione che sembra prevalere nella dottrina (31). In questo senso, seri dubbi di compatibilità con l'art. 25 della Convenzione di Montego Bay può sollevare l'art. 5 par. 2 della l. n. 51 del 2001 che sostituisce l'art. 83 del codice della navigazione. Nella precedente formulazione questa norma prevedeva la possibilità di sospendere il passaggio delle navi soltanto per motivi di ordine pubblico, mentre nella nuova versione, prevede la possibilità di sospendere il passaggio anche per motivi di sicurezza della navigazione e di protezione dell'am-

---

(30) Questo inciso fu inserito nella formulazione dell'art. 25 a seguito di una proposta presentata dal Belgio nel 1978 che aveva lo scopo di attribuire allo Stato il potere di sospendere il passaggio delle navi anche per tutelare la sicurezza della navigazione oltre che quella nazionale.

(31) Cfr. CATALDI, *Il passaggio*, cit., p. 249, l'Autore osserva: « ciò significa che, ad esempio, certamente legittima è la sospensione se lo Stato costiero viene a conoscenza di un piano militare a suo danno consistente nella posa di apparecchiature antisommergibili nelle sue acque territoriali, mentre tale possibilità resta viceversa esclusa nel caso di eventuali minacce di tipo economico o ideologico » ... Nello stesso senso si vedano HAKAPÄÄ, MOLENAAR, *Innocent passage*, cit., p. 134.

biente marino. Sembra evidente che alla base del nuovo art. 83, vi sia un'interpretazione ampia di ciò che si debba intendere per « sicurezza » ai sensi dell'art. 25 par. 2 della Convenzione di Montego Bay.

L'interpretazione restrittiva qui proposta trova conforto oltre che nelle considerazioni della dottrina, anche nel dato testuale dell'art. 16 della Convenzione di Ginevra sul mare territoriale, sulla base del quale « The coastal State may... suspend the innocent passage of foreign ships if that suspension is essential for the protection of its security ». Questa norma è il frutto di un emendamento, proposto da alcuni Stati, dell'articolo contenuto nel Progetto di Convenzione, il quale attribuiva poteri troppo ampi allo Stato costiero in ordine ai suoi poteri di sospensione del passaggio (32). In sede di discussione alla Terza Conferenza sul diritto del mare, venne aggiunto soltanto l'inciso « including weapons exercises », che ritroviamo nella formulazione dell'art. 25 e che, ricordiamo, fu proposto dal Belgio per consentire allo Stato costiero di sospendere il passaggio, oltre che per garantire la sicurezza nazionale, anche per tutelare la sicurezza della navigazione (33).

6. È stato affermato che, nonostante la Convenzione di Montego Bay abbia recepito le istanze espansionistiche degli Stati costieri, essa abbia comunque riconosciuto il principio della libertà di navigazione, sul quale le grandi potenze marittime e navali non avrebbero sicuramente negoziato, poiché per esse si trattava di riaffermare un interesse essenziale, anzi, vitale (34).

---

(32) L'emendamento fu voluto da Stati Uniti, Regno Unito, Paesi Bassi e Portogallo. L'articolo del Progetto di Convenzione prevedeva: « The coastal state may suspend ... the right of passage if it should deem such suspension essential for the protection of the rights referred to in paragraph 1 ». Cfr. EMANUELLI, *La pollution maritime et la notion de passage inoffensif*, in *Annuaire canadien de Droit International*, 1973, p. 32. L'Autore, commentando un provvedimento canadese del 1971, che conferiva alle autorità canadesi il potere di sospendere il passaggio inoffensivo, sostiene: « il semble peu probable qu'un Etat côtier puisse interdire tout droit de passage en se basant sur un accident éventuel et ses conséquences, par seule référence à la non conformité d'un navire envers les règles de sécurité côtières ».

(33) Cfr. *supra*, nota 30.

(34) Si veda QUENEUDEC, *Les tendances dominantes du système juridique*

Per questo motivo uno dei grandi compromessi raggiunti dalla Convenzione di Montego Bay è il bilanciamento degli interessi degli Stati, che si è tradotto nell'interdipendenza tra diritti e obblighi ad essi facenti capo negli spazi soggetti alla sovranità degli Stati costieri e nel riconoscimento di competenze concorrenti nelle zone economiche esclusive (35).

Così, come si evince dalle norme commentate nei paragrafi che precedono, con riguardo al bilanciamento dei diritti e degli obblighi degli Stati nel mare territoriale, al diritto di passaggio inoffensivo per le navi di tutti gli Stati, corrisponde l'obbligo dello Stato costiero, previsto all'art. 24, di non impedire questo passaggio. Ancora, alla lista degli atti indicati all'art. 19, che fanno perdere al passaggio il carattere « inoffensivo », corrisponde una lista di materie previste all'art. 21, nelle quali lo Stato costiero può emanare leggi e regolamenti a protezione dei propri interessi, che debbono essere rispettati dalle navi che esercitano il diritto di passaggio, anche se, sembra opportuno ricordarlo ancora una volta, non tutte le violazioni delle leggi e dei regolamenti posti in essere dallo Stato costiero si possono ricondurre ad un passaggio « non inoffensivo ».

La normativa della Convenzione di Montego Bay qui considerata sembra dunque suggerire allo Stato costiero, quando pone leggi e regolamenti sulla navigazione straniera nelle acque territoriali, di attenersi a criteri di ragionevolezza e proporzionalità: questa indicazione emerge oltre che dal generale bilanciamento

---

issu de la Convention, in S.F.D.I., *Colloque de Rouen, Perspectives du droit de la mer à l'issue de la 3e Conférence des Nations Unies*, Paris, 1984, p. 139.

(35) Cfr. QUENEUDEC, *ibidem*, p. 140. L'Autore osserva che il medesimo bilanciamento degli interessi degli Stati è riscontrabile anche nel regime del passaggio in transito negli stretti che servono alla navigazione internazionale e in quello relativo al regime degli Stati arcipelagici. Infatti, al riconoscimento del diritto di passaggio in transito negli stretti che servono alla navigazione internazionale, previsto all'art. 38, corrisponde una serie di obbligazioni che riguardano le navi e le aeronavi in transito, indicate all'art. 39 e, d'altro canto, il diritto degli Stati rivieraschi degli stretti di emanare leggi e regolamenti relativi al passaggio previsto all'art. 42 è accompagnato dall'obbligo di non impedire il passaggio. Ancora, nel nuovo regime delle acque arcipelagiche regolato dalla Convenzione di Montego Bay il diritto di passaggio inoffensivo è caratterizzato dall'equilibrio dei diritti e degli obblighi rispettivi dello Stato arcipegagico e degli altri Stati, nella misura in cui ad esso si applicano le disposizioni previste per il passaggio in transito sulla base dell'art. 54.

operato dalle norme relative al passaggio inoffensivo tra diritti e obblighi degli Stati, in particolare, per ciò che riguarda la sicurezza della navigazione, anche dall'art. 22 parr. 1 e 3. Tali ultime disposizioni, nel prevedere la possibilità di istituire corridoi di traffico o schemi di separazione degli stessi, quali misure restrittive del passaggio delle navi straniere, pongono la condizione che esse siano necessarie e richiedono allo Stato di tener conto di una serie di fattori che presuppongono la ponderazione degli interessi sottesi (36). Ancora, l'art. 21 par. 2 pare indicare un limite generale di proporzionalità, nel prescrivere che la regolamentazione della navigazione straniera da parte dello Stato costiero non possa riguardare la progettazione, la costruzione, l'armamento, l'allestimento delle navi straniere, a meno che tutto ciò avvenga in attuazione di regolamenti o norme internazionali generalmente accettate (37). Una normativa statuale conforme a *standards* generalmente accettati supererebbe così sicuramente il test di ragionevolezza e proporzionalità, nei termini che sono stati ora indicati. La non conformità a tali *standards*, per contro, non necessariamente conduce alla conclusione opposta: bisognerà infatti valutare caso per caso il contenuto della norma, i suoi effetti sul passaggio ed ogni altro elemento utile; in altre parole, in mancanza di *standards* internazionali, o nell'ipotesi in cui la disciplina statale contenga disposizioni più restrittive, queste ultime dovranno essere sottoposte al test di ragionevolezza (38).

L'istituto del diritto di passaggio inoffensivo nella Convenzione di Montego Bay risulta dunque caratterizzato dal tentativo di bilanciare i poteri dello Stato costiero e degli Stati che eserci-

---

(36) Per il testo dell'art. 21 si veda *supra*, la nota n. 3.

(37) Sull'applicazione del principio di proporzionalità, come principio equilibratore degli interessi degli Stati nel diritto del mare, cfr. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nel diritto internazionale*, Milano, 2000, pp. 101-159. In particolare, a p. 110, l'Autore sostiene l'esistenza di un limite di proporzionalità, implicitamente, ma chiaramente presente nella disciplina della Convenzione di Montego Bay, richiamando l'art. 21, che « pone un limite generale al potere di regolamentare il passaggio che pare espressione di un generale limite di proporzionalità ». Un'attività normativa dello Stato costiero nelle materie indicate al par. 2 « avrebbe come conseguenza il diniego del passaggio per navi che non vi si conformassero ».

(38) Sulla necessità di un test di ragionevolezza cfr. MOLENAAR, *Coastal State Jurisdiction Over Vessel-Source Pollution*, cit., p. 202; SMITH, *Innocent Passage as a Rule of Decision*, cit., p. 94.

tano questo diritto perché ad ogni diritto riconosciuto corrisponde sempre un obbligo (39).

È evidente poi che il diritto essenziale dello Stato costiero ad esercitare i suoi poteri sovrani nelle acque territoriali ed il diritto, altrettanto essenziale, degli altri Stati alla navigazione in tali spazi marini si pongono in conflitto, poiché le manifestazioni delle potestà dello Stato costiero nel proprio mare territoriale possono influire sull'esercizio indisturbato delle attività commerciali ivi condotte dagli altri Stati, esercizio che rappresenta l'espressione più significativa del diritto di passaggio inoffensivo di cui godono le navi straniere nel mare territoriale di un determinato Stato.

Le disposizioni adottate dallo Stato costiero possono, infatti, limitare e condizionare fortemente il passaggio delle navi straniere, in particolare quando sono destinate alla protezione dell'ambiente marino e alla sicurezza della navigazione, cioè in settori nei quali esse si trovano ad avere una duplice funzione: quella di proteggere gli interessi propri dello Stato costiero e quella di proteggere gli interessi della comunità internazionale, investendo, di conseguenza, lo Stato del potere-dovere di vigilare a che siano rispettate anche le normative internazionali vigenti.

Si comprende dunque come sia fondamentale individuare il punto di equilibrio tra il potere di regolamentazione dello Stato, che non può spingersi fino a vanificare « l'effettività » del diritto di passaggio, e il contenuto di tale diritto (40).

---

(39) Cfr. QUEUNEDEC, *Les tendences dominantes du système juridique issu de la Convention*, cit., p. 141; ZULETA, *The new law of the sea: balance of rights and duties*, in *Colloque de l'Academie de droit international*, 1981, *La gestion des ressources pour l'humanité: le droit de la mer*, La Haye, 1982, pp. 371-378.

(40) Sul fatto che la discrezionalità dello Stato costiero non possa spingersi fino a compromettere l'effettività del diritto di passaggio cfr. anche CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 103: l'Autore sottolinea come tale principio sia stato affermato per la prima volta nella sentenza della Corte internazionale di giustizia del 9 aprile 1949, nella quale, la Corte, pronunciandosi sul divieto di passaggio disposto dall'Albania nello stretto di Corfù, ha messo in evidenza come il potere di regolamentazione dello Stato costiero trovasse un limite nell'esigenza del rispetto del contenuto del diritto di passaggio; secondo l'Autore la sentenza « non pare però risolvere ogni questione relativa ai limiti del potere di regolamentazione dello Stato costiero. Essa sembra porre un requisito minimo, consistente nel divieto di restringere le modalità di esercizio del diritto di navigazione fino a vanificarne l'effettività ». Peraltro la sentenza non af-

Come emerge dall'analisi della prassi degli Stati condotta dalla dottrina, le disposizioni nazionali restrittive del passaggio, oggetto di proteste o contestazione da parte degli altri Stati, pongono solitamente condizioni particolarmente gravose o eccessive per le richieste formulate o sono redatte in termini troppo generali che, non chiarendo il contenuto delle potestà dello Stato costiero, finiscono per attribuirgli poteri molto ampi: in altre parole, si tratta talvolta di provvedimenti non equilibrati rispetto agli interessi che si propongono di difendere (41).

La questione riguarda dunque anche quei provvedimenti statali, che, come la recente direttiva del Ministro italiano per l'Ambiente del 3 ottobre 2000, pur non prevedendo un esplicito divieto di passaggio, interferiscono su di esso ponendosi in eventuale contrasto con le norme diritto internazionale che regolano l'istituto del passaggio inoffensivo.

È ancora il caso di ricordare che l'applicazione di un principio di proporzionalità che emerge, se pur non sempre esplicitamente, dall'analisi testuale delle disposizioni sopra ricordate, trova altresì conforto nella prassi degli Stati e nell'interpretazione della dottrina, in relazione alla valutazione della legittimità di provvedimenti statali che, come nel caso del provvedimento del Ministro per l'Ambiente, richiedono, per esigenze di sicurezza della navigazione o di protezione ambientale, adempimenti preliminari al passaggio, quali la previa notifica o la richiesta di autorizzazione. Tra i provvedimenti oggetto di proteste si può ricordate il decreto francese del 1978 emanato in seguito al disastro provocato dalla petroliera *Amoco Cadiz*, che prevedeva a carico delle navi trasportanti idrocarburi l'obbligo della comunicazione al prefetto marittimo all'ingresso nelle acque territoriali della data e dell'ora di ingresso, la posizione, la rotta seguita e la velocità della nave, nonché la natura del carico (42).

---

fronterebbe il problema di vedere se, al di là di tale limite, la discrezionalità dello Stato costiero rimane piena, ovvero se esista un ulteriore limite nei confronti di provvedimenti che, pur non costituendo agli effetti pratici un divieto di passaggio, interferiscano in maniera eccessiva sulla navigazione. Sull'applicazione del principio di proporzionalità nel diritto internazionale si veda anche CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999, p. 109 ss.

(41) Per una analisi della prassi degli Stati si veda ancora CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, cit., p. 104 ss.

(42) Il provvedimento francese, il cui testo si può leggere in *Rev. gen. droit*

7. La direttiva oggetto di questo lavoro contiene due distinte disposizioni: la prima è rivolta a *tutte le navi straniere* e le sottopone, allorché si accingono ad entrare nelle acque territoriali, ad *accurati controlli* circa il rispetto delle norme internazionali vigenti in materia di prevenzione dagli inquinamenti e sicurezza della navigazione. Essa attribuisce poteri molto ampi alle Capitanerie di Porto, autorità che devono effettuare il controllo: il provvedimento, infatti, riguarda tutte le navi straniere, di conseguenza anche quelle che, per le loro caratteristiche o per il materiale trasportato, non rappresentano un pericolo per la sicurezza della navigazione e la preservazione dell'ambiente marino.

Inoltre, in merito agli « accurati controlli », non meglio specificati nel provvedimento, cui devono essere sottoposte le navi straniere, sembra ragionevole presupporre che questi potrebbero tradursi in operazioni di fermo, visita e ispezione, perché risulta difficile ipotizzare l'attuazione di « accurati controlli » « per verificare il pieno rispetto delle norme internazionali », senza che la nave stessa sia fermata e senza che le autorità preposte procedano ad un'ispezione a bordo della stessa. Tali atti, posti in essere dalle autorità nazionali, se impeditivi del passaggio, si porrebbero inevitabilmente in contrasto con il dettato dell'art. 24 della Convenzione di Montego Bay, con l'art. 211 par. 4, e, sotto due diversi profili, anche con l'art. 220 par. 2:

---

int. public., 1978, p. 744, fu contestato dal Dipartimento di Stato degli Stati Uniti che lo definì « unilaterally imposed requirements that impinged upon the rights under international law of freedom of navigation on the high seas and in straits used for international navigation and of innocent passage in the territorial sea ». Di contenuto analogo alle disposizioni del decreto francese si possono ricordare anche l'art. 2 del decreto italiano dell'8 maggio 1985 sulla regolamentazione del traffico nello stretto di Messina e l'art. 58 del regolamento annesso all'ordinanza della Repubblica federale tedesca del 9 gennaio 1985 sulla prevenzione degli incidenti dovuti al traffico delle petroliere nel mare del Nord. Sul punto cfr. CATALDI, *Il passaggio*, cit., pp. 180 e 181. L'Autore trattando delle disposizioni nazionali che riguardano direttamente il trasporto di idrocarburi o sostanze pericolose distingue due categorie di previsioni: da un lato, quelle che impongono alle navi obblighi di preavviso alle autorità costiere o che pongono divieti di compiere attività nocive per l'ambiente e dall'altro, le disposizioni che contengono l'espresso divieto di transito per le navi che non rispondono ai requisiti indicati. Secondo l'autore, le disposizioni nazionali del primo tipo sarebbero legittime, anche se qualche dubbio circa la loro legittimità potrebbe sollevarsi perché esse in definitiva, impongono alle navi in passaggio inoffensivo un obbligo di previa notifica dell'intenzione di transitare.

questa norma attribuisce allo Stato costiero, sempre nel rispetto delle regole sul passaggio inoffensivo, il potere di ispezionare la nave straniera per verificare il rispetto della normativa sull'inquinamento quando la nave sia già in navigazione nelle acque territoriali e quando lo Stato abbia *fondati motivi* di ritenere che la nave *in passaggio* abbia violato tale normativa (43). Queste condizioni, che conferiscono legittimità alle operazioni di fermo e ispezione della nave, non sono esplicitate nel provvedimento del Ministro per l'ambiente, che, anzi, attribuisce il potere di intervento a bordo della nave straniera prima che essa sia entrata nelle acque territoriali e si limita a prescrivere generici « accurati controlli » che possono essere effettuati indipendentemente dalla contestuale presenza di elementi rilevanti, tali da giustificare il fermo o l'ispezione stessa.

La seconda disposizione contenuta nella direttiva ministeriale è rivolta alle navi che trasportano idrocarburi e pone limiti ancora più rigidi di quelli adottati dagli Stati con riferimento al transito di navi straniere che trasportano materiali pericolosi. Essa prevede, come adempimento preliminare al passaggio delle petroliere che non siano dotate di doppio scafo, il rilascio di un'autorizzazione, che sarà concessa « solo nel caso in cui, tenuto anche conto delle condizioni metereologiche e della rotta seguita, siano in grado di navigare in condizioni di sicurezza, documentata attraverso una specifica analisi delle condizioni di navigabilità della singola unità navale ». L'attuazione di questo provvedimento lascia presupporre ancora una volta il fermo e l'ispezione della nave: infatti l'autorizzazione, potrà essere concessa solo dopo una specifica verifica che la nave navighi in condizioni di sicurezza; tale verifica necessariamente dovrà essere condotta a bordo della nave e ciò implica che la nave sia stata fermata e ispezionata. È appena il caso di ricordare che misure

(43) Art. 220. 2. « Where there are clear grounds for believing that a vessel navigating in the territorial sea of a State has, during its passage therein, violated laws and regulations of that State adopted in accordance with this Convention or applicable international rules and standards for the prevention, reduction and control of pollution from vessels, that State without prejudice to the application of the relevant provisions of Part II, section 3, may undertake physical inspection of the vessel relating to the violation and may, where the evidence so warrants, institute proceedings, including detention of the vessel, in accordance with its laws, subject to the provision of section 7 ».

nazionali che prevedevano una notifica preventiva — adempimento questo, sicuramente meno limitativo del diritto di passaggio rispetto all'autorizzazione prevista dal provvedimento italiano in esame — sono state contestate da parte di alcuni Stati, perché ritenute sproporzionate (44). La direttiva inoltre non fa alcun riferimento al fatto che le navi oggetto del provvedimento siano in semplice transito o siano dirette, dopo l'ingresso nelle acque territoriali, ai porti statali; in quest'ultimo caso un provvedimento eventualmente restrittivo come la necessità della preventiva autorizzazione potrebbe essere giustificato sulla base dell'art. 25 par. 2 (45).

Un'altra riflessione suggerita dall'esame della direttiva del Ministro per l'ambiente riguarda la condizione della presenza del doppio scafo per l'ingresso delle petroliere nel mare territoriale: a questo proposito sembra opportuno ricordare che l'art. 21 par. 2 della Convenzione di Montego Bay vieta allo Stato costiero l'adozione di misure unilaterali che riguardino la progettazione, l'allestimento o l'armamento di navi straniere, a meno che esse non diano attuazione a regolamenti o norme internazionali generalmente accettate. Ora, il doppio scafo non rientra ancora tra gli *standars* internazionali generalmente accettati relativi ai criteri di costruzione e allestimento delle petroliere, anche se recenti sviluppi, sollecitati anche dal turbamento provocato nella comunità internazionale dall'affondamento della petroliera *Erika*, depongono in senso contrario: infatti, durante la quarantaseiesima sessione del Comitato per la Protezione dell'Ambiente Marino (MEPC 46) tenutasi nell'aprile del 2001, l'IMO ha fissato i tempi per la progressiva eliminazione delle navi a scafo singolo, che dovrà andare a regime entro il 2015. In particolare, è stata decisa una revisione dell'annesso I alla Convenzione Marpol 1973/78 e precisamente del Regolamento 13 G. (46).

---

(44) Si vedano le considerazioni svolte a proposito del decreto francese del 1978 e la nota n. 42.

(45) Si vedano le considerazioni svolte al par. 3 e la nota 17.

(46) Il Regolamento 13 G, che riguarda le navi già in circolazione, identifica tre categorie di navi a scafo singolo: alla prima appartengono le navi comunemente conosciute come pre-Marpol che dovranno essere eliminate in un periodo di cinque anni a partire dal 2003 fino al 2007, alla seconda e alla terza categoria appartengono le navi che dovranno essere messe al bando al raggiungimento del 25° anno di età o entro il 2015.

L'affondamento dell'*Erika* al largo delle coste bretoni ha sicuramente accelerato il processo della messa al bando di questo tipo di navi, anche a causa del rischio dell'emanazione di normative unilaterali antinquinamento da parte degli Stati, in eventuale contraddizione con le normative fissate in ambito IMO.

Non ultimo, anche l'annuncio da parte della Commissione della Comunità europea che avrebbe proceduto unilateralmente e a livello regionale all'eliminazione delle petroliere a scafo singolo in un periodo tra il 2003 e il 2015, se l'IMO stessa non vi avesse provveduto, ha dato una svolta decisiva alla soluzione del problema (47).

Non vi è dubbio, dunque, che l'evoluzione della normativa internazionale vada nel senso della messa al bando delle petroliere a scafo singolo, quale misura ritenuta efficace per la prevenzione e il controllo dell'inquinamento marino provocato da navi, ma allo stato attuale gli *standards* adottati in ambito IMO non sono ancora l'espressione di « regolamenti o norme internazionali generalmente accettate », la cui osservanza legittima una normativa unilaterale restrittiva del passaggio inoffensivo esimendola dalla sottoposizione al test di proporzionalità. Alla luce delle considerazioni svolte si può tuttavia ragionevolmente pensare che una normativa conforme a tali *standards* possa superare il test.

Le considerazioni che precedono consentono di ritenere che la direttiva esaminata si colloca tra quei provvedimenti nazionali che potrebbero avere l'effetto pratico di vanificare il di-

---

(47) Sembra comunque che, in ambito internazionale, la necessità del doppio scafo sia ancora discussa e, ancora di recente, proprio con riguardo all'incidente occorso all'Erika, si è dubitato dell'efficacia del doppio scafo quale elemento strutturale della nave atto a risolvere i problemi collegati agli inquinamenti causati da incidenti in corso di navigazione. Cfr. ARRADON, *Erika. Contribution aux réflections sur les mesures nécessaires pour éviter de futures catastrophes*, in *Le droit maritime français*, 2000, p. 694. L'Autore osserva: « On parle beaucoup des navires double coque, comme s'il s'agissait de la panacée pour éviter les accidents. Certes le double coque est utile en cas d'abordage. Elle est dangereuse par contre en cas d'échouement, car les double fonds se remplissent d'eau de mer et le navire est beaucoup plus difficile à sortir de sa position délicate. On n'a pas non plus résolu les risques d'explosion dans cette double coque. Le double coque s'imposera pourtant parce que les américains en ont décidé ainsi. Il est très dommage que les pays européens n'insistent pas plus pour promouvoir d'autres procédés plus aptes à prévenir les pollutions accidentelles notamment le système dit "hidrostatique" ».

ritto di passaggio nelle acque territoriali, contravvenendo a quel principio di ragionevolezza e proporzionalità che emerge dal complesso delle norme della Convenzione di Montego Bay che disciplinano il passaggio inoffensivo. La verifica dell'applicazione di questo principio dovrà essere condotta su piano dell'*enforcement*, delle modalità, cioè, con cui le autorità della Capitanerie di porto interessate procederanno nei confronti delle navi, e, sotto questo profilo, il dato confortante è che ad oltre un anno dall'entrata in vigore della direttiva sembra che la sua applicazione non abbia suscitato proteste nell'ambito della comunità internazionale. Se essa fosse stata applicata alla lettera avrebbe rischiato di bloccare il transito nelle nostre acque territoriali, con conseguente violazione del diritto di passaggio inoffensivo e — riflesso ulteriore certamente non trascurabile — grave nocumento per l'economia nazionale, notoriamente dipendente dal commercio marittimo.

XVI.

UGUAGLIANZA E DISUGUAGLIANZA TRA MEMBRI DELLE NAZIONI UNITE. SULL'ESIGENZA DI RIFORMA DEL CONSIGLIO DI SICUREZZA

DI

BRUNO GRANDI

Professore associato nell'Università degli Studi di Milano

Egalité des Nations.

Puisque les hommes sont naturellement égaux, et que leurs droits et leurs obligations sont les mêmes, comme venant également de la nature, les nations composées d'hommes, et considérées comme autant de personnes libres qui vivent ensemble dans l'état de nature, sont naturellement égales, et tiennent de la nature les mêmes obligations et les mêmes droits. La puissance ou la faiblesse ne produisent, à cet égard, aucune différence. Un nain est aussi bien un homme, qu'un géant: une petite république n'est pas moins un Etat souverain que le plus puissant royaume.

DE VATTEL, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, I, Londres, 1758, pp. 18-19 (« Préliminaires », par. 18).

SOMMARIO: 1. Uguaglianza e disuguaglianza tra membri delle Nazioni Unite. — 2. Significato che riveste l'esistenza di una condizione giuridica di privilegio in cui sono poste cinque Potenze. — 3. Evoluzione della società internazionale e spinta all'adeguamento delle istituzioni delle Nazioni Unite. — 4. L'esigenza di riforma del Consiglio di Sicurezza. — 5. Conclusioni.

1. Il principio della sovrana uguaglianza degli Stati, con cui si descrive la posizione reciproca degli Stati come soggetti del diritto internazionale, nella pratica e nella dottrina resta evidenziato quale uno dei princìpi ispiratori centrali della vita di relazione internazionale e dell'ordinamento giuridico internazionale (1).

(1) Sul principio c.d. della uguaglianza, o della sovrana uguaglianza, degli Stati, vedere in generale HUBER, *Die Gleichheit der Staaten*, in *Festgabe Kohler*, Stuttgart, 1909, pp. 88-118; DICKINSON, *The Equality of States in International Law*, Cambridge, Massachusetts, 1920; RAPISARDI MIRABELLI, *Il principio dell'uguaglianza giuridica degli Stati*, Catania, 1920; BAKER, *The Doctrine of Legal Equality of States*, in *British Yearbook of International Law*, 1923-1924, pp. 1-20; BROWN

La proclamazione dell'uguaglianza nei rapporti tra gli Stati indipendenti, sta precisamente a significare che tutti gli Stati in-

---

SCOTT, *Le principe de l'égalité juridique dans les rapports internationaux*, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1932, IV, pp. 473-630; SCHINDLER, *Contribution à l'étude des facteurs sociologiques et psychologiques du droit international*, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1933, IV, pp. 260-270; BILFINGER, *Les bases fondamentales de la communauté des Etats*, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1938, I, pp. 175-203, 223-236; AGO, *Lezioni di diritto internazionale*, Milano, 1943, p. 67 ss.; ID., *L'organizzazione internazionale dalla Società delle Nazioni alle Nazioni Unite*, in *La comunità internazionale*, 1946, pp. 20-21; ZICCARDI, *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, Milano, 1943, pp. 164-169, 250-256; KELSEN, *The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization*, in *Yale Law Journal*, 1944, p. 207 ss.; BALLARATI, *Il principio dell'eguaglianza giuridica nell'ordinamento internazionale*, in *Studi nelle scienze giuridiche e sociali dell'Università di Pavia*, 94 (1944), p. 105 ss.; WEINSCHEL, *The Doctrine of the Equality of States and its Recent Modifications*, in *American Journal of International Law*, 1951, pp. 417-422; VAN BOGAERT, *Considérations sur la théorie de l'égalité des Etats*, in *Revue générale de droit international public*, 1955, pp. 85-98; SPERDUTI, *Osservazioni sulle basi sociali dell'ordinamento internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1955, pp. 14-15; SCHAUMANN, *Die Gleichheit der Staaten, Ein Beitrag zu den Grundprinzipien des Völkerrechts*, Wien, 1957; SERENI, *Diritto internazionale*, II, *Organizzazione internazionale*, Sezione Seconda: *Soggetti a carattere funzionale* (Le Organizzazioni Internazionali), Milano, 1960, p. 1085, pp. 1097-1099; BALLADORE PALLIERI, *Diritto internazionale pubblico*, 8ª edizione rifatta, Milano, 1962, pp. 576-577; KOOIJMANS, *The Doctrine of the Legal Equality of States, An Inquiry into the Foundations of International Law*, Leyden, 1964; PIERANDREI, *L'eguaglianza dei cittadini e la parità fra gli Stati*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1966, pp. 281-298; MONACO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, 2ª edizione riveduta e aumentata, Torino, 1971, pp. 14-15; ID., *Lezioni di organizzazione internazionale*, 1, *Principi generali*, Torino, 1985, pp. 289-295; PAONE, *Concetto di comunità internazionale e mutamento delle condizioni storiche*, Milano, 1973, pp. 518-522; ID., *Comunità e diritto internazionale nella fase di transizione*, in *Saggi di diritto e di organizzazione internazionale*, Milano, 1977, pp. 136-141; QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, ristampa della 5ª edizione, Napoli, 1974, pp. 360-361, 620-625; FLORY, *Inégalité économique et évolution du droit international*, in Société française pour le droit international, *Pays en voie de développement et transformation du droit international* (Colloque d'Aix-en-Provence), Paris, 1974, pp. 11-40; MOSLER, *The International Society as a Legal Community*, Alphen aan den Rijn, 1980, p. 17 ss.; BARILE, *Lezioni di diritto internazionale*, 2ª edizione, Padova, 1983, pp. 11-15; ANAND, *Sovereign Equality of States in International Law*, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1986, II, p. 9 ss.; FRANCK, *True Cues and Symbolic Validation*, in *The Power of Legitimacy Among Nations*, New York, Oxford, 1990, p. 112 ss.; GIULIANO-SCOVAZZI-TREVES, *Diritto internazionale, Parte generale*, Milano, 1991, pp. 28-32; PICONE, *Diritto internazionale dell'economia e costituzione economica dell'ordinamento internazionale*, in PICONE e SACERDOTI,

dipendenti hanno eguale capacità nel diritto internazionale generale. E ciò non vuol dire, però, che ciascuno di essi possa pretendere al godimento degli stessi diritti concreti che appartengono a qualsiasi altro Stato (2).

Diritto internazionale dell'economia, 3ª edizione, Milano, 1991, p. 45 ss.; KINGSBURY, *Sovereignty and Inequality*, in *European Journal of International Law*, 1998, p. 599 ss.; IOVANE, *La tutela dei valori fondamentali nel diritto internazionale*, Napoli, 2000, pp. 81-86; SCOVAZZI, *Corso di diritto internazionale*, Parte I, *Caratteri generali ed evoluzione della comunità internazionale*, Milano, 2000, pp. 6-7; CASSESE, *International Law*, Oxford, New York, 2001, pp. 88-91.

(2) In questi termini ZICCARDI, *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, cit., p. 253. Un ulteriore chiarimento veniva ivi offerto dall'A., quando asseriva non costituire incapacità « quella particolare limitazione della possibilità di uno Stato di acquistare determinati diritti o esercitare determinati poteri e facoltà, la quale dipenda dal non trovarsi lo Stato stesso in quelle situazioni, o ad esercitare quelle attività, in relazione a cui si determinino quelle conseguenze giuridiche ».

Incisivamente affronta il CAPOTORTI, *Corso di diritto internazionale*, Milano, 1995, pp. 7-8, la questione nodale sottesa dal principio della sovrana uguaglianza degli Stati, e che consiste nello stabilire come detto principio si armonizzi con la realtà della comunità internazionale, in cui una cerchia ristretta di Potenze, la quale beneficia di vantaggi sicuri rispetto al resto del mondo sui diversi terreni che vanno dalla politica all'economia o alla società umana rappresentata, si trova a dover coesistere con gli altri Stati, riconoscendo la loro ragione di considerarsi uguali nei reciproci rapporti. Rinviene allora l'A. la chiave del problema, nell'individuazione del significato reale della uguaglianza sovrana degli Stati: « Il suo senso profondo è che gli Stati sono tutti uguali, nella misura in cui sono tutti indipendenti: in breve, che essi godono dell'uguaglianza giuridica in quanto soggetti del diritto internazionale ».

Premesso che il principio che qui si considera, abbraccia due nozioni logicamente distinte (sovranità e uguaglianza giuridica), utili precisazioni introduce il CASSESE, *Il diritto internazionale nel mondo contemporaneo*, Bologna, 1984, pp. 153-154, in ordine alla seconda: « L'uguaglianza giuridica... implica che nessun membro della comunità internazionale può essere discriminato: tutti devono essere trattati su un piano di parità. Come scrisse Vattel nel 1758, *un nano è uomo quanto un gigante: una piccola repubblica non è meno sovrana del più potente dei regni*. Quindi, eventuali diseguaglianze giuridiche possono risultare soltanto... da circostanze di fatto... o... devono essere accettate, in piena libertà, dallo Stato interessato... ». Dalle svolte considerazioni, trae poi l'A. conseguenze in ordine al valore del principio (p. 154). A primo aspetto, non appare l'eguaglianza sovrana atta a dispiegare tutti gli effetti dei princìpi imperativi, visto che si tratta di principio suscettibile di essere derogato convenzionalmente — il che attestano per certo i non pochi trattati che fissano limiti alla sovranità o all'eguaglianza degli Stati —. L'ammissibilità di queste deroghe resta però subordinata alla libera accettazione delle medesime da parte dello Stato che ne è oggetto. Non potrebbero invece due o più Stati stipulare accordi, volti a disporre limiti o restrizioni all'integrità territoriale,

Il principio che qui si considera, è evocato dall'art. 2.1 della Carta delle Nazioni Unite, ove si afferma che « l'Organizzazione è fondata sul principio della sovrana uguaglianza di tutti i suoi membri » (3).

---

all'indipendenza politica o all'uguaglianza giuridica di un terzo Stato; e se conclusi, accordi del genere sarebbero comunque nulli.

(3) Muovendo dal confronto tra il sistema della Società delle Nazioni e quello delle Nazioni Unite, perviene a concludere l'AGO, *L'organizzazione internazionale dalla Società delle Nazioni alle Nazioni Unite*, cit., p. 20: « Le divergenze e le innovazioni che si sono rilevate hanno soprattutto interesse ai fini della storia della lotta alterna e certo non conclusa tra i grandi e i piccoli stati, tra la volontà di predominio dei primi e il desiderio di indipendenza dei secondi. Ma esse non appaiono al tempo stesso tali da doverne dedurre un'effettiva differenza di sostanza, di natura, tra l'U.N.O. e la Lega, e da poter quindi affermare che una trasposizione su basi nuove si sia verificata nell'organizzazione della società internazionale. Minore sarà ora il numero di coloro che avranno voce in capitolo nelle questioni più importanti... Ma pochi o molti che siano, i membri degli organi principali delle Nazioni Unite sono sempre degli stati, e degli stati di cui lo statuto stesso sottolinea ancora una volta la *sovereign equality*. L'azione di quegli organi ha perciò, non meno dell'azione degli organi della defunta Società, la sua base unica nella cooperazione tra enti uguali e indipendenti, e il suo presupposto necessario nella volontà di questi ultimi di collaborare ».

S'intende a questo punto operare riferimento al pensiero dello ZICCARDI, *Règles d'organisation et règles de conduite en droit international, Le droit commun et les ordres juridiques*, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1976, IV, pp. 268-275. Coglie l'A. l'intreccio dei princìpi dell'uguaglianza sovrana degli Stati e dell'autodeterminazione dei popoli, destinati a porsi nel dispiegarsi della loro efficacia, quali elementi di trasformazione delle basi sociali del diritto internazionale. Da un lato, dopo aver provveduto a puntualizzare il significato del principio racchiuso nell'art. 2.1 (« principe qui a un contenu substantiel et signifie parité de droits de tous les Etats membres, mais il a également un contenu structural dans le sens qu'il sollicite la participation sur un pied d'égalité de tous les membres à l'exercice des pouvoirs dérivant de l'appartenance aux Nations Unies... »), sottolinea come dalle enunciazioni dei fini delle Nazioni Unite vuoi nel preambolo vuoi nell'art. 1 della Carta, risulti la volontà di modificare profondamente le basi sociali del diritto internazionale: difatti, se l'art. 2.1 volendo garantire l'« uguaglianza sovrana » di tutti i « membri » delle Nazioni Unite, non può non sottintendere gli Stati ma evita accuratamente tale espressione che compare nella Carta soltanto quando si tratta di precisare gli obblighi e non i diritti, la spiegazione di ciò risiede nel principio proclamato nell'art. 1.2, ove nel novero dei fini delle Nazioni Unite viene collocato quello di « sviluppare tra le nazioni relazioni amichevoli fondate sul rispetto del principio dell'eguaglianza dei diritti e dell'autodecisione dei popoli » (pp. 269-270). D'altro lato, all'interno di una visione dinamica della società internazionale e del ruolo delle Nazioni Unite, osserva l'A. che la nuova società internazionale delineata nelle enunciazioni programmatiche dell'Or-

Tale principio è riaffermato in molti atti delle Nazioni Unite successivi alla Carta e, tra gli altri, con particolare solennità nella « Dichiarazione sui princìpi di diritto internazionale riguardanti i rapporti amichevoli e la cooperazione fra gli Stati conformemente alla Carta delle Nazioni Unite » approvata dall'Assemblea Generale con risoluzione n. 2625 (XXV) del 24 ottobre 1970, conoscendo ivi formulazione più ampia rispetto a quella dell'art. 2.1 della Carta ed estensione a tutti gli Stati. Dal principio che è il sesto di sette princìpi, si trae la conseguenza principale che gli Stati « hanno diritti ed obblighi uguali e sono membri della comunità internazionale su un piano di uguaglianza, nonostante le differenze d'ordine economico, sociale, politico o di altra natura » (4).

---

ganizzazione al momento della sua nascita, non avrebbe potuto realizzarsi al di fuori dell'attuazione del principio dell'autodeterminazione dei popoli, cui si sarebbe collegata l'espansione dell'altro principio della sovrana uguaglianza degli Stati (« Autrement le principe de l'égalité souveraine, rapporté exclusivement et directement aux Etats, sans que fût établie la condition fondamentale de légitimité des Etats, se serait inévitablement résolu dans la reconnaissance de l'organisation traditionnelle de la société internationale qui comportait alors la discrimination entre sujets et non-sujets ainsi que toutes les conséquences qui en dérivent dans les rapports entre les sujets, en maintenant en vie entre eux les finalités d'expansionnisme de la politique traditionnelle de puissance ») (p. 270). E non senza aver valorizzato la rilevanza dell'opera svolta dall'Assemblea Generale nell'esercizio dei suoi poteri generali, per l'inveramento delle preconizzate trasformazioni, perviene a concludere che le istituzioni delle Nazioni Unite hanno dato prova di costituire uno strumento idoneo a guidare e controllare una trasformazione strutturale della società internazionale (« Société qui se présente aujourd'hui composée toujours par les Etats, bien sûr, mais par des Etats qui sont nés, en nombre important et même désormais prédominant, de l'application promue par les Nations Unies du droit des nations de se constituer comme Etats indépendants et d'être reconnus comme tels ») (pp. 270-271).

(4) Gli elementi compresi nella nozione di sovrana uguaglianza vengono enunciati in dettaglio dalla « Dichiarazione sui rapporti amichevoli », che ne fornisce il seguente elenco: « *a*) gli Stati sono uguali dal punto di vista giuridico; *b*) ogni Stato gode dei diritti inerenti alla piena sovranità; *c*) ogni Stato ha l'obbligo di rispettare la personalità degli altri Stati; *d*) l'integrità territoriale e l'indipendenza politica dello Stato sono inviolabili; *e*) ogni Stato ha il diritto di scegliere e sviluppare liberamente il suo sistema politico, sociale, economico e culturale; *f*) ogni Stato è tenuto ad adempiere pienamente e in buona fede i suoi obblighi internazionali e a vivere in pace con gli altri Stati ».

Vedi il testo della risoluzione n. 2625 (XXV) adottata senza votazione, tra l'altro in *Rivista di diritto internazionale*, 1971, pp. 282-289. E riguardo alla formu-

Avendo riguardo alle manifestazioni della prassi internazionale venute in essere al di fuori dell'organizzazione universale, provvede altresì l'Atto finale della Conferenza sulla Sicurezza e la Cooperazione in Europa, firmato ad Helsinki il 1° agosto 1975, a consacrare nella « Dichiarazione sui princìpi che reggono le relazioni fra gli Stati partecipanti » il principio in questione, figurando lo stesso al primo posto su dieci princìpi. E la formulazione è tale da comportare un allargamento evidente del concetto: « Gli Stati partecipanti rispettano reciprocamente la loro eguaglianza sovrana e la loro individualità, nonché tutti i diritti inerenti alla loro sovranità ed in essa inclusi, ivi compreso in particolare il diritto di ciascuno Stato all'eguaglianza giuridica, all'integrità territoriale, alla libertà ed indipendenza politica. Essi rispettano inoltre il diritto di ciascuno di loro di scegliere e sviluppare liberamente il proprio sistema politico, sociale, economico e culturale, nonché quello di determinare le proprie leggi e regolamenti » (5).

Si tratta, a questo punto, di incentrare l'analisi sull'Organiz-

---

lazione, ivi, del principio della sovrana uguaglianza, i cenni critici che si rinvengono in ARANGIO-RUIZ, *The Normative Role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations*, with an *Appendix* on *The Concept of International Law and the Theory of International Organization*, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1972, III, pp. 574-575.

Ancora e in generale, la straordinaria rilevanza della « Dichiarazione sui rapporti amichevoli » è in ciò, che visto il mandato del Comitato speciale (sui princìpi di diritto internazionale concernenti i rapporti amichevoli e la cooperazione fra gli Stati) che ne ha preparato il testo (cfr., in particolare, la risoluzione n. 1815 [XVII] del 18 dicembre 1962), essa va considerata come un'interpretazione della Carta delle Nazioni Unite; del resto sia le risoluzioni che hanno provveduto a fissare il mandato del Comitato speciale, sia la stessa Dichiarazione del 1970, fanno espresso riferimento alla Carta delle Nazioni Unite. In questo senso ZOUREK, *L'Interdiction de l'Emploi de la Force en Droit international*, Leiden, 1974, p. 78.

(5) Il considerato principio appare sotto il titolo *Eguaglianza sovrana, rispetto dei diritti inerenti alla sovranità*. E quello riportato nel testo è il primo paragrafo. Segue un secondo paragrafo, il quale null'altro fa, nella sostanza, che richiamare alcuni princìpi propri del diritto internazionale vigente: « Nell'ambito del diritto internazionale, tutti gli Stati partecipanti hanno eguali diritti e doveri. Essi rispettano il diritto di ciascuno di loro di definire e condurre come desidera le proprie relazioni con gli altri Stati conformemente al diritto internazionale e nello spirito della presente Dichiarazione. Essi considerano che le loro frontiere possono essere mutate, in conformità al diritto internazionale, con mezzi pacifici e mediante accordo. Essi hanno inoltre il diritto di appartenere o non appartenere ad orga-

zazione delle Nazioni Unite, per i pertinenti approfondimenti del più generale discorso fin qui svolto.

La Carta delle Nazioni Unite — si è visto — è fondamentalmente ispirata al principio dell'uguaglianza degli Stati membri. È a dire che, tendenzialmente, le differenze di potenza politica o di altro tipo esistenti fra Stati, non appaiono destinate a incidere su una condizione giuridica, che è uguale per tutti. Come per altro, sulla condizione giuridica degli Stati membri non perviene a influire nemmeno il modo in cui lo Stato è entrato a far parte dell'Organizzazione, potendo alfine rivestire, o meno, la qualifica di membro originario delle Nazioni Unite (6).

Ora, la condizione di parità in cui versano, in linea di principio, i membri dell'Organizzazione, trova riscontro segnatamen-

---

nizzazioni internazionali, di essere o non essere parte di trattati bilaterali o multilaterali, compreso il diritto di essere o non essere parte di trattati di alleanze; essi hanno inoltre il diritto alla neutralità ».

Per il testo dell'Atto finale di Helsinki, consultare *Testimonianze di un negoziato, Helsinki-Ginevra-Helsinki 1972-75*, Padova, 1977, volume a cura di FERRARIS, con prefazione di Ducci e introduzione di Farace, p. 605 ss. E sul punto trattato MONACO, *Lezioni di organizzazione internazionale*, 1, *Principi generali*, cit., pp. 292-293.

Si rammenta che, ponendosi nel novero degli strumenti regionali non aventi valore pattizio, l'Atto finale di Helsinki va essenzialmente considerato per gli Stati firmatari come impegno di ordine politico-morale volto a favorire il rispetto degli obblighi derivanti dal diritto internazionale generale o dalla Carta delle Nazioni Unite. In questo senso ARANGIO-RUIZ, *Droits de l'homme et non intervention: Helsinki, Belgrade, Madrid*, in *La comunità internazionale*, 1980, p. 454 s. E nello stesso senso LATTANZI, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milano, 1983, p. 287.

(6) In argomento, vedere fra gli altri MORELLI, *Eguaglianza e diseguaglianza fra membri delle Nazioni Unite*, in *La comunità internazionale*, 1947, pp. 27-30; GUGGENHEIM, *Realtà e ideologia nell'organizzazione internazionale*, in *La comunità internazionale*, 1947, pp. 167-169; ID., *La realtà nell'Organizzazione delle Nazioni Unite*, in *La comunità internazionale*, 1947, pp. 332-335; PERASSI, *L'ordinamento delle Nazioni Unite*, 8ª ristampa, Padova, 1962, pp. 54-57; UDINA, *L'Organizzazione delle Nazioni Unite, Introduzione e testi annotati*, 2ª edizione riveduta ed aggiornata, Padova, 1973, pp. 35-36, 44-46; CONFORTI, *Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXI, Milano, 1981, pp. 281-284; ID., *Le Nazioni Unite*, 6ª edizione, Padova, 2000, p. 63 ss.; ARANGIO-RUIZ, *Postfazione. La pretesa « analogia federale » nella Carta delle Nazioni Unite e le sue implicazioni*, in PICCHIO FORLATI (a cura di), *Le Nazioni Unite*, ristampa riveduta e corretta della 1ª edizione, Torino, 2000, p. 286 ss.; MARCHISIO, *L'ONU, Il diritto delle Nazioni Unite*, Bologna, 2000, pp. 55-57.

te in ciò, che a questi stessi uniformemente si indirizzano, di regola, le norme attributive di obblighi e di diritti come nei rapporti reciproci così nei confronti dell'Organizzazione unitariamente considerata (7).

Solo parzialmente, invece, sussiste la condizione di parità nel campo della formazione e del funzionamento degli organi sociali.

Esistono indubbiamente organi sociali riguardo ai quali è dato rinvenire, vuoi per il modo della loro composizione vuoi per il modo in cui essi funzionano, l'attuazione più rigorosa del principio dell'uguaglianza di trattamento degli Stati membri.

Sotto questo profilo, esemplarmente si propone l'Assemblea Generale, rispetto alla quale tutti i membri delle Nazioni Unite pervengono a collocarsi su un piede di perfetta parità. Difatti, da un lato ogni membro ha il diritto di partecipare all'Assemblea; dall'altro tutti i membri concorrono, con un peso uguale, alla formazione della volontà collegiale dell'organo, di un sol voto disponendo e tutti i voti avendo pari valore. Ed è poi vero che le delibere assembleari vanno prese, a seconda del loro contenuto, o a maggioranza semplice o a maggioranza qualificata dei due terzi; ma pur sempre, in considerazione dell'ugual valore di tutti i voti, il gruppo di Stati che di volta in volta dà vita all'occorrente maggioranza, può essere formato in qualsiasi modo. Ancora, se in conseguenza dell'adozione del principio maggioritario, può uno Stato trovarsi a subire una delibera in cui non ha concorso col suo voto favorevole, si tratta invero di eventualità sussistente in egual misura per tutti i membri (8).

Per certo, la più rilevante deviazione dal principio di ugua-

---

(7) Vedere fra gli altri MORELLI, *Eguaglianza e diseguaglianza fra membri*, cit., p. 27; PERASSI, *L'ordinamento delle Nazioni Unite*, cit., p. 54.

(8) Vedere MORELLI, *Eguaglianza e diseguaglianza fra membri*, cit., pp. 27-28 (ulteriormente, veniva ivi rilevato a p. 28: « Un altro organo rispetto al quale tutti i membri sono posti su un piede di parità è il Consiglio economico e sociale. A differenza dell'Assemblea, questo organo è composto di un numero limitato di membri... Ma, quanto all'eleggibilità a membri del Consiglio economico e sociale, tutti i membri delle Nazioni Unite sono posti in una condizione di eguaglianza; e, una volta eletti, tutti i membri del Consiglio concorrono in eguale misura alla formazione della volontà collegiale »); PERASSI, *L'ordinamento delle Nazioni Unite*, cit., pp. 54-55; UDINA, *L'Organizzazione delle Nazioni Unite*, cit., pp. 35-36; CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, cit., p. 89 ss.

glianza si ha in talune norme della Carta, le quali comportano un trattamento speciale per Stati nominativamente indicati, e cioè: la Repubblica di Cina, la Francia, l'Unione Sovietica (oggi: la Russia), il Regno Unito di Gran Bretagna e d'Irlanda settentrionale, gli Stati Uniti d'America. A costituire quella posizione di favore di cui godono le cinque considerate Potenze, principalmente concorrono da un lato *il diritto di essere membri permanenti del Consiglio di Sicurezza*, organo cui compete la responsabilità principale in ordine al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, e rispetto al quale gli altri Stati non hanno invece che una semplice eleggibilità a membri temporanei e non immediatamente rieleggibili; dall'altro lato, *la possibilità giuridica* per ciascuna di esse *di impedire*, mediante un voto contrario, *la formazione della volontà collegiale* del Consiglio di Sicurezza per quanto concerne le deliberazioni in ogni materia che non sia di procedura: cosiddetto, e però impropriamente, *diritto di veto* (9) (si consideri tuttavia che tale diritto, oltre che nelle questioni di procedura, è negato ai membri permanenti per le

(9) È opinione del GUGGENHEIM, *Realtà e ideologia nell'organizzazione internazionale*, cit., pp. 167-169, che un'affermazione del Preambolo da cui, ben più nettamente che da altre, emerge il contrasto fra l'ideologia dello Statuto e le sue disposizioni concrete, sia quella che sancisce l'eguaglianza degli Stati, grandi e piccoli. Secondo l'A., indubbiamente « la formula consacrata nel preambolo dello Statuto dava quando questo fu elaborato... l'impressione che i suoi autori desiderassero mantenere tra i membri della nuova associazione di stati un'eguaglianza al contempo assoluta e funzionale » (e volgendosi alle origini dello Statuto, era per certo opportuno rammentare che con la formula adottata nella Dichiarazione di Mosca del 30 ottobre 1943, le quattro Potenze firmatarie avevano riconosciuto la necessità di dar vita appena possibile a un'organizzazione internazionale generale, basata sul principio *di un'eguale sovranità* di tutti gli Stati pacifici; così come il *Memorandum* del Segretario di Stato americano Cordell Hull del 21 marzo 1944 aveva riconosciuto che « ogni stato sovrano, grande o piccolo, è, dinanzi alla legge e secondo la regola di diritto, eguale a qualsiasi altra nazione », aggiungendo alfine che « il principio della sovranità di tutti gli stati amanti della pace, senza distinzione di grandezza e di potenza, come membri di un sistema di sicurezza generale, sarà la pietra angolare sulla quale sorgerà la futura organizzazione internazionale », e dando comunque luogo a una formula implicante « l'applicazione più assoluta del principio democratico »). Nel mentre solo con la pubblicazione delle « proposte » di Dumbarton Oaks del 9 ottobre 1944 sarebbe apparso chiaramente un orientamento nuovo, destinato a far collidere l'ideologia dello Statuto con la realtà dell'Organizzazione: « Tale orientamento delle Nazioni Unite si delinea durante le discussioni sui provvedimenti da prendersi da parte del Consiglio per la sicurezza in caso di violazioni dello Statuto, e si manifesta in una certa tendenza ad introdurvi

decisioni relative alle controversie di cui gli stessi siano parti, venendo stabilito nella Carta che, nelle decisioni relative alla soluzione delle controversie, un membro vuoi permanente vuoi elettivo del Consiglio, che sia parte nella controversia, deve astenersi dal voto, e ciò in conformità al principio *nemo iudex in re sua*, qui per altro espressamente circoscritto alle materie coperte dal cap. VI) (10). E riguardo al principio che regola la procedura

---

un principio gerarchico e ad istituire un direttorio delle grandi potenze. Questa dottrina è diventata poi la definitiva realtà dello Statuto, ove, per tutte le questioni importanti, l'egemonia delle grandi potenze prevale sul principio dell'uguaglianza. Non un solo problema importante può esser risolto, nella nuova organizzazione, senza l'accordo unanime delle grandi potenze. La pietra angolare di questo sistema è il diritto di veto, enunciato nell'art. 27 dello Statuto, che rende inoperante, qualora non abbia ottenuto il consenso dei grandi stati, qualsiasi decisione che oltrepassi i limiti d'una semplice raccomandazione » (e da parte nostra, si vuol qui soltanto ricordare che da un lato le « proposte » di Dumbarton Oaks provvedevano a fissare la composizione del Consiglio di Sicurezza, senza per altro esprimersi riguardo al sistema di votazione da seguire in seno al Consiglio; e che d'altro lato quest'ultimo problema fu discusso tra Roosevelt, Churchill e Stalin nel febbraio del 1945 alla Conferenza di Yalta, dove prendeva corpo la regola successivamente trasfusa nell'art. 27 della Carta, che accorda a ciascuno dei cinque membri permanenti il diritto di veto).

(10) Per l'argomento nel testo prospettato, nella dottrina italiana vedere MORELLI, *Eguaglianza e diseguaglianza fra membri*, cit., pp. 28-29; PERASSI, *L'ordinamento delle Nazioni Unite*, cit., pp. 55-57 (a p. 55 l'A., premesso che « Le deviazioni dal principio di uguaglianza si hanno per quanto concerne sia gli obblighi che i diritti dei singoli Membri », e prima di considerare quella che viene comunemente indicata come la deviazione più rilevante dal principio di uguaglianza, osserva: « Così tutti gli Stati membri sono obbligati a corrispondere un contributo annuo all'Organizzazione, ma la misura del contributo non è eguale per tutti, essendo determinata in modo da tener conto della capacità contributiva dei singoli Stati. Sotto l'apparenza di una formale uguaglianza di trattamento si avrebbe una sostanziale disuguaglianza se un piccolo Stato, come l'Islanda, dovesse versare un contributo uguale a quello degli Stati Uniti d'America »); UDINA, *L'Organizzazione delle Nazioni Unite*, cit., pp. 44-47; CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, cit., p. 63 ss.; MARCHISIO, *L'ONU, Il diritto delle Nazioni Unite*, cit., p. 177 ss.

Riguardo al c.d. diritto di veto, conviene riportare un approfondimento del MARCHISIO, *op. cit.*, p. 178: « In conseguenza del veto, ogni Stato che ha la qualità di membro permanente può impedire, con il suo voto contrario, una decisione da parte del Consiglio di sicurezza. In tal senso, il veto non si configura come potere ostativo, come facoltà di impedire che una deliberazione del Consiglio, in sé perfetta, produca i suoi effetti giuridici; esso preclude invece sul nascere la formazione della volontà del Consiglio di sicurezza e crea una combinazione inidonea a produrre il perfezionamento della volontà collegiale. Non si tratta quindi di veto

del voto in seno al Consiglio (11), ne emerge allora un sistema in certo senso intermedio tra il sistema maggioritario e quello dell'unanimità; in quanto la conseguenza caratteristica del sistema

---

in senso tecnico; di questo si potrebbe parlare solo qualora il volere manifestato dallo Stato che intende opporsi alla volontà della maggioranza impedisse alla deliberazione del Consiglio, una volta perfezionata, di produrre i suoi effetti giuridici ».

In ordine al principio *nemo iudex in re sua* sancito dalla Carta, effettua il CONFORTI, *op.* da ultimo *cit.*, pp. 77-78, una serie di pertinenti precisazioni: « È però da lamentare che siffatto principio, essendo espressamente circoscritto alle materie coperte dal cap. VI, abbia una portata limitata. Escluse dalla sua sfera di applicazione restano delibere molto importanti quali quelle in tema di azioni (e sanzioni) in caso di minaccia alla pace e di atti di aggressione (cap. VII), e quelle che incidono sullo *status* di membro particolarmente la risoluzione con cui il Consiglio propone all'Assemblea generale di espellere uno Stato membro dall'ONU, risoluzione senza la quale l'Assemblea non può provvedere in materia (art. 6). Altra materia importante che resta sottratta al principio *nemo iudex* è quella prevista dall'art. 94, par. 2, secondo il quale il Consiglio può fare raccomandazioni o decidere quali misure prendere contro uno Stato che, essendo stato parte in un giudizio innanzi alla Corte internazionale di giustizia, si rifiuti di eseguirne la decisione. Dato che per tutte queste delibere vige il diritto di veto, l'inesistenza di un obbligo di astensione a carico del membro il cui caso è all'esame del Consiglio comporta l'*impossibilità* per l'organo di agire contro un membro permanente ».

(11) Riguardo alla considerata procedura di voto, nella dottrina straniera fra gli altri vedere RESTON, *Votes and Veto*, in *Foreign Affairs*, 1946, p. 13 ss.; WORTLEY, *The Veto and the Security Provisions of the Charter*, in *British Yearbook of International Law*, 1946, p. 95 ss.; WILCOX, *The Rule of Unanimity in the Security Council*, in *Proceedings of the American Society of International Law*, 1946, p. 55 ss.; LEE, *The Genesis of the Veto*, in *International Organization*, 1947, p. 33 ss.; PADELFORD, *The Use of the Veto*, in *International Organization*, 1948, p. 227 ss.; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Voting and the Handling of Disputes in the Security Council*, New York, 1950, p. 42 ss.; MC DOUGAL and GARDNER, *The Veto and the Charter: An Interpretation for Survival*, in *Yale Law Journal*, 1951, p. 258 ss.; BRUGIÈRE, *La règle de l'unanimité des membres permanents au Conseil de Sécurité, « Droit de Veto »*, Paris, 1952; DAY, *Le droit de veto dans l'Organisation des Nations Unies*, Paris, 1952; GROSS, *The Double Veto and the Four-Powers Statement on Voting in the Security Council*, in *Harvard Law Review*, 1953-54, p. 251 ss.; JENKS, *Unanimity, the Veto, Weighted Voting, Special and Simple Majorities and Consensus as Models of Decision in International Organizations*, in *Cambridge Essays in International Law, Essays in Honour of Lord Mc Nair*, London, 1965, p. 48 ss.; STAVROPOULOS, *The Practice of Voluntary Abstention by Permanent Members of the Security Council under Article 27, paragraph 3, of the Charter of the United Nations*, in *American Journal of International Law*, 1967, p. 737 ss.; BAILEY, *New Light on Abstensions in the UN Security Council*, in *International Affairs*, 1974, p. 554 ss.; TAVERNIER, *Article 27*, in COT et PELLET (sous la direction de), *La Charte des Nations Unies, Commentaire article par article*, Paris, 1985, p. 499 ss.; DELON, *La concertation entre les membres permaments du Conseil de Sécurité*, in *Annuaire français de droit in-*

dell'unanimità, consistente nella possibilità accordata a ciascun membro del collegio d'impedire col suo voto contrario una decisione determinata, rispetto alle decisioni del Consiglio è destinata a valere per i soli membri permanenti che dispongono appunto del « diritto di veto », ed è invece esclusa per i membri elettivi (12).

Ulteriormente, la condizione giuridica privilegiata attribuita ai cinque Stati che rivestono la qualità di membri permanenti del Consiglio di Sicurezza, si manifesta sotto un aspetto diverso che attiene alle procedure previste dalla Carta per le modificazioni della Carta stessa, essendo a detti Stati conferito il potere giuridico di far dipendere dalla propria volontà l'entrata in vigore di qualsivoglia modificazione. Difatti, il gruppo di Stati la cui ratifica è richiesta perché un emendamento alla Carta, oppure una proposta di revisione della medesima, entri in vigore, sem-

---

ternational, 1993, p. 53 ss.; SIMMA and BRUNNER, *Article 27*, in SIMMA (editor), *The Charter of the United Nations, A Commentary*, New York, 1995, p. 430 ss.

È l'art. 27 della Carta a contemplare la procedura di voto in seno al Consiglio di Sicurezza, riproducendo la formula di Yalta e stabilendo il c.d. diritto di veto. Secondo tale articolo: « 1. Ogni Membro del Consiglio di Sicurezza dispone di un voto. 2. Le decisioni del Consiglio di Sicurezza su questioni di procedura sono prese con un voto favorevole di nove [7 prima dell'allargamento del Consiglio verificatosi nel 1965] Membri. 3. Le decisioni del Consiglio di Sicurezza su ogni altra questione sono prese con un voto favorevole di nove [7 fino al 1965] Membri, nel quale siano compresi i voti dei Membri permanenti; tuttavia, nelle decisioni previste dal Capitolo VI e dal paragrafo 3 dell'articolo 52, un Membro che sia parte di una controversia deve astenersi dal voto ».

(12) In questo senso MORELLI, *Eguaglianza e diseguaglianza fra membri*, cit., p. 29.

Osserva il QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, cit., p. 360: « quello che occorre... mettere in rilievo è che il CdS composto da 15 Membri di cui 10 elettivi e 5 di diritto (i 5 Grandi...) può decidere sì a *maggioranza* di 9 Membri, ma devono ivi comprendersi i cinque voti dei Membri di diritto (c.d. potere di *veto*); quindi, per quanto si attiene ai Membri di diritto occorre l'*unanimità* ».

Considerazioni in senso diverso svolge invece l'UBERTAZZI, *Il principio di unanimità negli organi collegiali internazionali*, Milano, 1953, pp. 66-67: « Nella letteratura recentissima lo svuotamento del principio di unanimità ha portato una parte della dottrina (legata alla formula tradizionale) ad impiegare il termine di *principio di unanimità* in un senso profondamente deformato, per fattispecie che, in realtà, sono disciplinate dal principio della maggioranza qualificata; nel trattare della procedura di voto nel Consiglio di Sicurezza, non sono pochi gli Autori che considerano la maggioranza richiesta per la validità delle delibere come unanimità dei membri permanenti ».

pre deve essere composto in modo da ricomprendere al proprio interno tutti i membri permanenti del Consiglio. Quindi, se ciascuno dei cinque è in grado d'impedire che una modificazione della Carta si perfezioni semplicemente rifiutando la propria ratifica, ben diversa risulta la situazione in cui versano tutti i rimanenti membri delle Nazioni Unite, esposti all'eventualità di divenire, per il tramite di una modifica della Carta, destinatari di norme che non hanno concorso a porre mediante un proprio atto di volontà (13).

---

(13) In questo senso e incisivamente MORELLI, *Eguaglianza e diseguaglianza fra membri*, cit., p. 30; come pure dello stesso A., *Nozioni di diritto internazionale*, 7ª edizione riveduta, Padova, 1967, pp. 40-41. Ben si veda UDINA, *L'Organizzazione delle Nazioni Unite*, cit., pp. 14-16; CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, cit., pp. 17-18; MARCHISIO, *L'ONU, Il diritto delle Nazioni Unite*, cit., pp. 81-82.

Valorizzando il pensiero del PERASSI, *L'ordinamento delle Nazioni Unite*, cit., p. 56, da un lato rammenta tale A. che a integrare il contenuto dello *status* speciale di cui sono investiti i cinque nominati Stati, concorre fra gli altri, il potere giuridico che ciascuno di essi ha, « di far dipendere dalla propria volontà l'entrata in vigore di qualsiasi modificazione della Carta dell'O.N.U. (art. 108) e dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia (St. art. 69) »; d'altro lato rileva che « lo *status* speciale, di cui sono investiti i cinque Stati ai quali è attribuita la qualità di membri permanenti del Consiglio di Sicurezza, non solo è costituzionalmente garantito, in quanto deriva direttamente da norme della Carta, ma non può essere perduto o modificato, fino a quando ciascuno di detti Stati è membro dell'O.N.U., se non col consenso di ciascuno di essi, perché un emendamento della Carta che importi la perdita o la modificazione di tale *status* non può adottarsi senza il concorso della volontà di ciascuno dei detti Stati. Nessun altro Stato membro dell'O.N.U., inoltre, può essere investito di tale *status* privilegiato senza una modificazione della Carta ».

Ricordato che il concetto di sovranità nello Statuto subisce delle attenuazioni, e però continua a giuocare un ruolo importante tanto da essere menzionato per primo nel novero dei princìpi su cui l'Organizzazione si basa, il BALLADORE PALLIERI, *Gli emendamenti allo Statuto delle Nazioni Unite*, in *La comunità internazionale*, 1946, pp. 200-201, pone il seguente quesito: « si potrebbe... con la consueta maggioranza prevista per gli emendamenti inferire un nuovo colpo alla... sovranità » dei membri delle Nazioni Unite, « e annullar questa del tutto o per lo meno menomarla in modo tale da farne mutare di nuovo sostanzialmente il concetto? Ad esempio, rendendo l'organizzazione delle Nazioni Unite, prossima a quella dello Stato federale? ». E tale è la limpida soluzione fornita dall'A.: « Lo Statuto tace al riguardo. Non è nemmeno prevista alcuna forma di recesso nel caso di modificazioni particolarmente gravi alla struttura sociale. Troviamo soltanto nei verbali del comitato tecnico espressa l'opinione che ogni membro può recedere qualora a ciò lo costringano eccezionali circostanze o quando l'organizzazione abbia chiaramente mancato di adempiere i suoi scopi. Credo sia lecito, in sede di interpreta-

2. Nell'esistenza di uno *status* speciale di cui sono investiti cinque membri e che inconfondibilmente li contrassegna, la prevalente dottrina ha individuato *tout court* un privilegio oppure, più in concreto e incisivamente, un potere individuale di controllo sull'attività politica dell'intera Organizzazione delle Nazioni Unite (14).

Si è di fronte ad affermazioni, che vanno quanto meno completate. Invero, le prerogative attribuite agli Stati designati, da spiegarsi per ragioni di ordine politico tenendo in particolar modo conto delle funzioni del Consiglio di Sicurezza, erano state concepite a San Francisco — e così vanno ancora concepite — come connesse all'assunzione di compiti di più rilevante responsabilità da parte appunto delle Potenze uscite come le più forti, militarmente e politicamente, dalla seconda guerra mondiale. E si trattava di compiti, quindi, che avrebbero dovuto essere assolti nell'interesse di tutti i partecipanti al sistema delle Nazioni Unite (15).

È opportuno a questo punto spingersi oltre, a conchiudere

---

zione, andare oltre, ed affermare la sussistenza della facoltà di recesso allorquando in conseguenza di un emendamento l'organizzazione venga snaturata nelle sue finalità essenziali o si contravvenga ai principi da essa dichiarati basilari... Identiche conseguenze sarebbero prodotte, a mio modo di vedere, anche da nuove modificazioni essenziali alla sovranità degli Stati. La regola insomma adottata per gli emendamenti e per la quale questi si impongono anche alla minoranza dissenziente, vale solo entro certi limiti, in quanto certi principi basilari o costituzionali non siano toccati. Fuori di tali limiti... è almeno da riconoscere la facoltà di recesso ».

(14) Per la seconda e più incisiva versione, vedere ZANCLA, *Saggio sullo Statuto dell'ONU. In riguardo alla costituzione materiale della società internazionale*, Palermo, 1951, p. 53.

(15) In questo senso e molto di recente, vedere ARANGIO-RUIZ, *Postfazione*, cit., p. 300; come pure anteriormente PERASSI, *L'ordinamento delle Nazioni Unite*, cit., p. 40. In concomitanza con l'inizio del funzionamento dell'Organizzazione, puntualizzava AGO, *L'organizzazione internazionale dalla Società delle Nazioni alle Nazioni Unite*, cit., p. 19: « Dato che l'U.N.O. è stata concepita soprattutto come una forza organizzata a garanzia della pace e della sicurezza era del resto più o meno inevitabile che il potere effettivo si concentrasse non solo nel consiglio per la sicurezza, ma, entro questo ultimo, nel gruppo delle grandi potenze che ne costituiscono i membri permanenti, ossia di quei soli stati che dispongono di forze armate di tale entità da poter assumere effettivamente una responsabilità a quel fine ».

Più in generale, premesso che in materia di organizzazione internazionale il principio democratico, se rigidamente attuato, comporta degli inconvenienti in quanto finisce a consacrare « il principio dell'unanimità, ossia della sovranità asso-

il discorso avendo presenti la divisione che si produceva nel corpo della società internazionale poco dopo l'inizio del funzionamento dell'Organizzazione, e le sue conseguenze.

Al riguardo e per tutto un periodo storico, allora, la suddetta posizione privilegiata ha rivestito il significato di garanzia che misure incidenti nei diritti fondamentali dei membri delle Nazioni Unite non potessero essere disposte al di fuori di una preventiva concertazione sfociante in una linea di azione sul piano dei rapporti internazionali, comune a Stati costituenti una cer-

---

luta » (« e la Società delle Nazioni ha sofferto dell'applicazione eccessivamente rigida di questa norma, che conduceva ad un'eguaglianza troppo schematica fra grandi e piccoli stati »), svolgeva GUGGENHEIM, *Realtà e ideologia nell'organizzazione internazionale*, cit., p. 168, le seguenti osservazioni: « Il principio dell'eguaglianza degli stati non consente infatti di distinguere fra gli stati capaci di assicurare l'esecuzione di alcune decisioni essenziali nel campo internazionale e quelli che, pur essendo animati dalla migliore volontà di partecipare a tutte le discussioni ed anche alle decisioni, non vogliono né possono assumersi la modesta parte di responsabilità che loro spetterebbe allorché le questioni divenissero gravi ed occorresse prendere provvedimenti esecutivi... L'eguaglianza in seno all'organizzazione internazionale deve essere dunque intesa in senso funzionale, in base cioè al criterio della giustizia distributiva. Un'influenza proporzionale ai servizi resi, che si esprime in prerogative connesse ad una funzione ed alla responsabilità che tale funzione importa, è certamente conforme all'interesse dell'organizzazione internazionale, se questa deve essere efficiente ».

Per il tema trattato, rileva invero l'approfondimento fatto da FERRARI BRAVO, *Lezioni di diritto internazionale*, ristampa della 3ª edizione, Napoli, 2000, pp. 330-331, riguardo al principio di maggioranza che domina, in pratica, la vita di tutte le organizzazioni internazionali, essendo gli Stati diversi fra loro per estensione e numero di abitanti: « Applicare rigidamente il principio di maggioranza alla Comunità internazionale potrebbe... significare favorire il dominio di una esigua minoranza sulla maggioranza del genere umano. Per di più di una minoranza che molto spesso è tale anche come peso economico e politico, il che dunque è scarsamente realistico, oltre che ingiusto »... « Se questo è vero, ma se d'altra parte la regola della maggioranza non può... essere esclusa dal sistema delle Organizzazioni internazionali, la conseguenza è una sola e cioè la riduzione (e normalmente, l'esclusione) della forza obbligatoria delle pronuncie delle Organizzazioni internazionali, quasi sempre provviste soltanto di valore politico e morale (c.d. raccomandazioni). D'altra parte quando la forza obbligatoria non può non esserci pena la vanificazione del ruolo dell'Organizzazione internazionale, allora si vede il diritto dell'Organizzazione o ritornare alla figura dell'accordo... oppure escogitare correttivi alla regola della maggioranza, come il celeberrimo art. 27, terzo comma della Carta delle Nazioni Unite che lega il funzionamento del Consiglio di Sicurezza nelle *questioni non procedurali*... alla regola dell'unanimità dei cinque membri permanenti ».

chia molto ristretta, e però significativamente collegati a essenziali componenti della società internazionale che si fronteggiavano in quell'epoca. In altre parole, se si è di fronte alle modalità di esercizio di una funzione autoritaria, questa stessa restava qualificata dal fatto che gli Stati chiamati a esercitarla fossero rappresentativi di tutti gli interessi coinvolti nel principale conflitto svolgentesi sulla scena internazionale. E in conclusione, il privilegio di cui è parola, appariva essere il riflesso dell'assetto strutturale della società internazionale del periodo (16).

Del resto, essendo ciò valso per il tempo trascorso e valendo per il presente, nel sostituirsi di un contrasto di interessi rivestente carattere di centralità ad altro, ancora si consideri come il determinarsi di un'insanabile frattura tra due opposti schieramenti di Potenze non possa non segnare la fine dell'universalità stessa delle Nazioni Unite, ente costituito allo scopo di contenere, mediare e comporre gli interessi divergenti delle Potenze, non invece allo scopo di coalizzare interessi convergenti (17).

---

(16) In argomento vedere PAONE, *Concetto di comunità internazionale*, cit., pp. 252, 402-403, 510.

Si vuol qui rammentare come sul principio di « rappresentatività » dello Stato sul piano internazionale si sia soffermato lo ZICCARDI, *Diritto internazionale*, Appunti dalle lezioni (ad uso degli studenti), 4ª ristampa della 1ª edizione, Milano, 1963, p. 106 ss., ricordandoci fra l'altro che vi sono formule « assai diverse tra di loro, circa l'esatto contenuto da attribuire al principio generale della rappresentatività » (p. 111). Ancora, alla formula della rappresentatività (« la rappresentatività di uno Stato sta ad esprimerne una qualità intrinseca, che assume spiccato rilievo nelle relazioni internazionali, e non una qualità conferita dal diritto internazionale e derivante dall'istituzione di un rapporto di rappresentanza in senso tecnico ») accenna lo SPERDUTI, *Il riconoscimento internazionale di Stati e di Governi*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1953, pp. 335-336 e nota 68. Infine, secondo una riflessione condotta dal PAONE, *Concetto di comunità internazionale*, cit., pp. 510-511, rispetto alla sovrana uguaglianza degli Stati il principio considerato « può apparire un privilegio, riguardo alla democrazia internazionale si può pensare ad una democrazia autoritaria o a un movimento contraddittorio di democratizzazione che proviene dall'alto, ma se si considera l'aspetto della funzione svolta dal principio di rappresentatività sul piano sociale, esso appare un efficace rimedio per liberare, e sia pure in maniera ancora insoddisfacente, energie critiche dal basso, per sciogliere la comunità internazionale come collettività astratta in un ente espressione dell'effettivo contrasto di interessi che lo contraddistingue e che il principio organizzativo dell'autogoverno lasciava ancora chiuso con sette sigilli ».

Nell'ambito della dottrina italiana, ha provveduto segnatamente il MORELLI, *Nozioni di diritto internazionale*, cit., pp. 2-3, ad assegnare centrale rilievo alla figura del conflitto internazionale di interessi.

(17) Vedere ZICCARDI, *L'intervento collettivo delle Nazioni Unite e i nuovi*

Su un piano più generale, volendo ora cogliere il senso dell'operazione portata a termine con una configurazione determinata delle istituzioni delle Nazioni Unite, e riecheggiando una notevole opinione, ben si può dire che siamo di fronte a tutto quel che si è potuto creare nella società internazionale, onde sottrarla alla legge della soggezione alle Potenze dominanti. Precisamente, ciò che si è realizzato all'interno delle istituzioni delle Nazioni Unite è il coordinamento tra la struttura spontanea della società internazionale da un lato, in virtù della quale è ricavata una posizione di preminenza per alcune maggiori Potenze, e d'altro lato, il modello di una nuova organizzazione, che intende accordare a tutti gli Stati (forti o meno forti che siano) la parità di diritti e la partecipazione, pur non così paritaria, alla gestione degli interessi generali della società internazionale. E la coordinazione tra i due princìpi si trova a esser attuata nell'Organizzazione attraverso i due organi principali, cui le Potenze maggiori partecipano in vesti diverse: come *preminenti* avendo riguardo al Consiglio di Sicurezza, e come *eguali* avendo riguardo all'Assemblea Generale (18).

3. Vero è che nell'accentuato dinamismo che contrassegna le relazioni internazionali in epoca contemporanea, grandi trasformazioni sono intervenute nella società internazionale, alcune delle quali non certamente prevedibili al tempo della redazione della Carta delle Nazioni Unite (19).

Le novità sono finite senz'altro a coinvolgere gli equilibri e i

---

poteri dell'Assemblea generale (studio risalente all'aprile-luglio 1957, quando comparve su *La comunità internazionale*), in *Contributi allo studio della organizzazione internazionale*, pubblicazioni della SIOI, Padova, 1957, p. 140.

(18) Quella che nel testo si considera è l'opinione di ZICCARDI, *Règles d'organisation et règles de conduite*, cit., pp. 291-292; confermata dallo stesso A. nella voce *Ordinamento giuridico (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXX, Milano, 1980, pp. 830-831.

(19) Sinteticamente e bene, valorizza il CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, cit., p. 19, « la circostanza che tra l'epoca in cui la Carta venne redatta e l'epoca attuale il numero degli Stati è più che triplicato, un fenomeno imponente ed allora poco prevedibile come la decolonizzazione si è verificato, e all'originario conflitto tra ideologie, tra capitalismo e socialismo, tra Ovest ed Est, si è sovrapposto ed oggi sostituito il contrasto di interessi tra Paesi industrializzati e non, tra ricchi e poveri, tra Nord e Sud ».

rapporti tra le maggiori Potenze, nel naturale declino o nell'ascesa dell'una piuttosto che dell'altra.

E per un diverso profilo, vale ancora, attualmente, rilevare come la preminenza delle grandi Potenze finisca fra l'altro ad esprimersi nel fatto della loro partecipazione costante alla formazione delle norme generali (e questo a differenza delle Potenze minori, le quali talora non vi concorrono, in quanto materialmente estranee a vari interessi della società internazionale). Difatti, se le grandi Potenze ben restano definite come quelle che possedendo interessi di carattere universale e non già regionale — estesi quindi all'intero ambito della società internazionale —, sono in grado di rappresentare e salvaguardare, con la propria azione e in maniera efficace, gli interessi in parola; ne risulta con tutta evidenza l'inevitabilità della partecipazione di siffatte Potenze alla formazione delle norme generali, non parendo concepibile che un tal fatto non le concerna e sfugga alla loro influenza, indipendentemente da quello che risulti poi essere l'esito di quest'ultima (20).

Ma sul terreno cui siamo giunti, per certo conviene, a questo punto, sottolineare come quel fenomeno ricorrente in mutevoli forme nella società internazionale che è l'egemonia — operante a tutt'oggi *di fatto, sul terreno politico*, e per converso sfuggente a qualsivoglia definizione giuridica —, sempre abbia dovuto alla lunga cedere di fronte alla struttura paritaria delle relazioni giuridiche internazionali (21).

---

(20) In questo senso ZICCARDI, *La costituzione dell'ordinamento internazionale*, cit., pp. 289-290. Affrontando il problema del rilievo giuridico da riconoscersi alla qualità di piccola o di grande Potenza, anzitutto aveva provveduto l'A. ad escludere « che le differenze materiali di importanza fra le varie Potenze diano luogo, nel diritto internazionale comune, a diversità di qualifiche giuridiche »; ed ulteriormente, aveva precisato che al di fuori della diversa intensità (a sufficienza descritta nel testo, cui si rinvia) della partecipazione alla formazione delle norme generali, « non sembra che possano trarsi altre conseguenze giuridicamente rilevabili in modo diretto, dalla distinzione che stabilisca, tra le Potenze, il diverso grado della loro importanza materiale ». E a distanza di tempo, considerazioni dedicate alle grandi Potenze e ai raggruppamenti di Stati, ancora è dato utilmente rinvenire in ZICCARDI, *Règles d'organisation et règles de conduite*, cit., p. 259 ss.; ID., *Ordinamento giuridico (diritto internazionale)*, cit., p. 818 ss.

(21) Sull'egemonia, si veda l'approfondita riflessione che da ultimo svolge ARANGIO-RUIZ, *Postfazione*, cit., pp. 286-288. Della considerata opera, si reputa utile riportare qui di seguito passi salienti: « l'egemonia non è un *istituto*, per così

Al riguardo, quel che ancora si può dire con parole e sfumature diverse, è che nella società internazionale le posizioni di *supremazia* e di *soggezione*, che sono conseguenza della politica, non possono né devono essere tradotte giuridicamente. Uguaglianza e disuguaglianza seguono vie parallele: quella del diritto e quella, rispettivamente, della politica (22). Di fronte alla *parità*

---

dire, del diritto internazionale. Al pari della guerra — dal diritto internazionale tollerata o subita ma non legittimata come un mezzo giuridico di *ricambio* delle norme o delle situazioni — neppure l'egemonia è legittimata dal diritto internazionale generale. L'egemonia riesce anzi ancora più ostica, per così dire, a un diritto internazionale la cui norma costituzionale più importante è il principio dell'uguaglianza sovrana degli Stati ». « Non diremmo pertanto che l'instaurazione o il mantenimento dell'egemonia di uno o più Stati introduca nel diritto internazionale un elemento di gerarchia o *verticalizzazione* in senso giuridico. Le relazioni fra Stato egemone e *Stati-seguito* non assurgono a fenomeni di gerarchia giuridicamente istituzionalizzata » (p. 286)... « Non è... azzardato ritenere che i rapporti giuridici d'ordine internazionalistico in senso proprio restino in ultima analisi sempre e soltanto quelli paritari, malgrado ogni egemonia » (p. 287). « In secondo luogo, non si vede istituzionalizzata l'egemonia nemmeno entro gli organi nei quali gli Stati forti si trovano ad essere più uguali degli altri. È improprio oltre che pericoloso confondere, vuoi il predominio esercitato da certi Stati sul piano storico-politico con la posizione che agli stessi Stati venga fatta in seno ad un apparato come quello dell'ONU, vuoi il meccanismo del quale due o più Stati preminenti si servano nell'esercitare in concerto l'egemonia con un preteso fenomeno di organizzazione giuridica derivante dalla loro preminenza »... « Il fatto che certi Stati concorrano più di altri, in seno all'apparato ONU, all'adozione di una delibera non altera la natura della delibera nei riguardi dei destinatari. La delibera resta quello che è secondo la Carta, vale a dire un elemento integrativo di rapporti interstatali di diritto-obbligo creati contrattualmente. Ché se gli Stati forti riescono meglio di altri a imporre a uno Stato membro recalcitrante l'osservanza della delibera, non per questo la delibera in sé acquista la portata autoritaria che non possiede. L'obbligatorietà della delibera resta, al pari, ripeto, della sentenza dell'arbitro o della CIG, un fenomeno meramente contrattuale, l'azione autoritaria degli Stati forti restando al di fuori del sistema della Carta »... « Sembra chiaro... che non si debba confondere l'azione autoritaria posta in essere dal concerto delle potenze grazie alla loro preminenza politica con il meccanismo in seno al quale le stesse potenze deliberano in merito all'azione da intraprendere » (pp. 287-288).

In tema, si rinvia altresì ai pertinenti cenni di PICCHIO FORLATI, *Introduzione*, in PICCHIO FORLATI (a cura di), *Le Nazioni Unite*, cit., p. 48.

(22) In proposito si veda il contributo di BARILE, *Lezioni di diritto internazionale*, cit., pp. 11-13. Finisce l'A. ad annotare efficacemente: « Rimane... il fatto che gli equilibri politici, nei quali si coordinano » le volontà degli Stati *più uguali degli altri*, « restano sempre nel campo del pregiuridico: non si trasformano, cioè, e non si stabilizzano in istituzioni giuridiche con poteri eteronomi di supremazia, cioè accordati e regolati dal diritto internazionale, che possono far considerare

tra gli Stati, che costituisce il contenuto di un principio del diritto internazionale da reputarsi segnatamente essenziale (23) e in cui è da intravedere un riflesso degli aspetti generali e costanti

---

l'ordinamento internazionale nel suo complesso diritto istituzionalizzato, dominato, in altri termini, da forze permanenti rese costanti dal diritto stesso » (pp. 12-13).

Venendo al pensiero del QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, cit., pp. 25-33, il quale vede l'« autorità » o la « volontà dominante » del « corpo sociale » come fondamento del diritto internazionale, importa rammentare come, di fronte al quesito se sia, o meno, da riconoscere « una posizione di supremazia delle Grandi Potenze come elementi maggiormente attivi della vita internazionale », in maniera sfumata così si esprima l'A.: « Senza poter escludere in modo assoluto che una tale situazione possa verificarsi, occorre peraltro osservare che fino ad oggi le Grandi Potenze non riuscirono ad affermare una vera Autorità risultante dal concorso delle loro volontà e della coincidenza permanente dei loro interessi. Anzi può dirsi che lo stesso prestigio delle Grandi Potenze rimase di fatto condizionato all'adesione volontaria alla loro politica delle Potenze minori il cui atteggiamento rimase decisivo nell'affermazione di principi fondamentali del moderno DI. Anche le piccole Potenze partecipano quindi, e in larghissima misura, alla formazione della « volontà dominante » la quale, se non è necessario che sia *unanime*, è sempre frutto di un ampio contributo di determinazioni volitive » (pp. 30-31).

Per una descrizione esauriente di quei tentativi più di recente verificatisi nella dottrina italiana, che partendo dall'impostazione metodologica di fondo seguita da Quadri, si sono spinti oltre, nello sviluppare la tesi della « verticalizzazione » della comunità internazionale (con ciò essenzialmente si pensa alla teoria della c.d. « verticalizzazione normativa » che attraversa notevoli opere del PICONE, come pure al contributo che proviene dalla ZICCARDI CAPALDO), è dato rinviare a IOVANE, *La tutela dei valori fondamentali nel diritto internazionale*, cit., p. 119 ss., p. 139 ss., p. 412 ss.

Sul ruolo delle grandi Potenze e l'equilibrio di potenza nelle relazioni internazionali, ulteriormente si ricorra ai lucidi cenni stesi da GIULIANO-SCOVAZZI-TREVES, *Diritto internazionale, Parte generale*, cit., pp. 30-32, fra cui: « Il ruolo delle grandi potenze nella scena internazionale si manifesta non soltanto attraverso l'egemonia da esse in fatto pretesa ed esercitata su altri governi, ma anche attraverso un equilibrio tra le rispettive posizioni egemoniche o sfere di influenza. Di tale equilibrio gli altri protagonisti delle relazioni internazionali, anche quando si proclamano « non allineati », sono costretti a tener conto, non fosse altro che per la possibilità di concorrere a modificarlo » (p. 31)... « È appena il caso di aggiungere che l'equilibrio di potenza... non può mai essere immutabile e definitivo. Ogni situazione di equilibrio è soggetta a incrinarsi e a variare per il mutamento di circostanze politiche, economiche, sociali o di altra natura » (p. 32).

(23) Si rammenta come nel sesto « considerando » del Preambolo, la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 ci fornisca l'elenco di quei princìpi del diritto internazionale incorporati nella Carta delle Nazioni Unite, che sono da reputarsi segnatamente essenziali. Or bene, *al secondo posto* su soli cinque princìpi, ivi figura la sovrana uguaglianza degli Stati.

della società internazionale, si colloca un potere internazionale di fatto, distribuito in maniera *diseguale* (24).

Certo è che ponendoci ora in un'ottica diversa da quella che contempla le maggiori Potenze, le novità non possono non apparire anche connesse con la presenza e il peso di altre Potenze, o di raggruppamenti di Stati, i quali non cessano quanto meno di reclamare una più incisiva rappresentanza dei propri interessi sul piano internazionale (25).

In definitiva, se le istituzioni delle Nazioni Unite dovendo operare su una società, quella internazionale, in continua e rapida evoluzione, si presentano per loro natura come perfettibili (26), ben è ragionevole che da più parti pervengano sollecitazioni in vista di adeguare le istituzioni alle mutate realtà. È altre-

---

(24) Ed è il meno che si possa dire. Per quanto concerne i rapporti tra l'uguaglianza formale di tutti gli Stati e il potere di fatto di cui in maniera significativa dispongono soltanto taluni membri della società internazionale, è dato operare riferimento all'opera di PAONE, *Concetto di comunità internazionale*, cit.

(25) Per uno spunto in argomento, vedere ZICCARDI, *Règles d'organisation et règles de conduite*, cit., p. 290; ID., *Ordinamento giuridico (diritto internazionale)*, cit., pp. 829-830.

(26) Chiarificatori appaiono per certo, gli elementi di riflessione sviluppati da AGO, *L'organizzazione internazionale dalla Società delle Nazioni alle Nazioni Unite*, cit., pp. 22-23, di fronte alla creazione delle Nazioni Unite: « la situazione politica internazionale appare attualmente assai più difficile di quanto essa non sembrasse agli illusi animi del 1919. Eppure il fatto che la realtà sia guardata oggi più decisamente in faccia, può in definitiva tradursi in un vantaggio. Poiché è anche vero che, mentre dopo Versailles molti si cullarono nella convinzione che la creata Società delle Nazioni fosse la realizzazione definitiva delle loro più alte aspirazioni di pace e di convivenza umana, una simile pericolosa illusione non si è riprodotta nei confronti dell'U.N.O. Oggi, per lo più, ci si rende largamente conto delle imperfezioni dell'edificio costruito a San Francisco, e del suo carattere di strumento temporaneo che deve essere progressivamente riveduto e trasformato. La coscienza della necessità di un'evoluzione verso più avanzate forme di organizzazione della comunità internazionale è anzi così diffusa, che essa ha potuto trovare eco non solo in dichiarazioni di studiosi ed in manifestazioni di diverse istituzioni ed associazioni, di qua e di là dall'Atlantico, ma anche in espliciti discorsi di uomini di stato responsabili, come... soprattutto quello pronunciato dal ministro degli esteri britannico Bevin alla Camera dei Comuni il 23 novembre 1945. In esso per la prima volta un membro del governo di una grande potenza ha preconizzato, e non come un lontano ideale, ma come un programma di urgente realizzazione, la creazione di un parlamento mondiale, non più composto di delegati di governi, ma di rappresentanti direttamente eletti dai popoli, dotato di un vero potere legislativo mondiale, ed affiancato da un potere giudiziario mondiale per l'interpretazione del « world law » e da una polizia internazionale per garantirne l'osservanza » (e il

sì innegabile che la « rigidità » della Carta potrebbe, a certe condizioni, fungere da freno all'azione riformatrice, finendo fra l'altro a confermare una cristallizzazione eccessiva delle situazioni assegnate ai membri dell'Organizzazione (27).

Non potranno comunque i riformatori svolgere azione fruttuosa e ridare slancio e vitalità alle istituzioni permanenti, al di fuori della compatibilità dei risultati della loro azione con il quadro storico in cui si inseriscono (28), e senza provvedere per quanto concerne il Consiglio di Sicurezza, a ridisegnare almeno parzialmente, dopo gli sconvolgimenti avvenuti, il profilo delle componenti essenziali della società internazionale odierna, in vista di assicurar loro un'equa rappresentanza in seno all'organo (29).

---

contenuto del riportato discorso potrebbe per certo ingenerare stupore in un lettore odierno, di fronte alla scarsità dei progressi realizzati in un arco di tempo assai lungo).

(27) In ordine alla questione da ultimo solo sfiorata, si erano già espressi in maniera significativa PERASSI e AGO, *Osservazioni sul problema della revisione dello Statuto delle Nazioni Unite*, in *La comunità internazionale*, 1953, pp. 574-575: « In merito alla composizione del Consiglio di sicurezza, si ha l'impressione che l'art. 23 par. 1 appaia oggi, a quasi un decennio dalla sua adozione (avvenuta, non lo si dimentichi, in un momento in cui la seconda guerra mondiale non era ancora terminata), redatto troppo rigidamente sulla base di una situazione contingente »... « L'aumento dei membri del Consiglio di Sicurezza dovrebbe riguardare anzitutto i membri non permanenti, la cui proporzione rispetto ai membri permanenti non è forse abbastanza elevata. Dovrebbe, tuttavia, essere ammesso anche il principio che un accrescimento del numero dei membri permanenti non costituisca, come oggi, un'impossibilità assoluta; e ciò, al fine di evitare l'eccessiva cristallizzazione di una situazione che era tale nel 1945, ma che può indubbiamente evolversi »... « parrebbe opportuno disporre che ad un numero limitato di stati membri fosse concesso di essere rieletti membri del Consiglio di sicurezza dopo lo scadere del termine biennale di appartenenza a tale organo. Un simile mutamento avrebbe per effetto la creazione di una categoria di c.d. membri semi-permanenti, e riguarderebbe più particolarmente alcuni stati che, pur non potendo occupare un seggio di membro permanente, potrebbero tuttavia rendere utili servigi al Consiglio con una presenza più regolarmente assicurata ».

(28) Provvede lo ZICCARDI, *Ordinamento giuridico (diritto internazionale)*, cit., pp. 821-822, a fissare la duplice condizione cui resta subordinata, nella società internazionale, la vitalità delle istituzioni. La prima condizione consiste nella capacità di queste di trovare il sostegno delle forze minori, cui venga assicurata una sufficiente possibilità di partecipazione al governo della società internazionale. La seconda condizione, invece, comporta che la vocazione riformatrice delle istituzioni sia compatibile con il quadro storico in cui si inseriscono.

(29) Trovandosi a fornire limpide spiegazioni riguardo all'introduzione nel

4. Nella cornice di una prospettata revisione complessiva del sistema delle Nazioni Unite (30), un aspetto di fondamentale rilievo è, per certo, oggi fornito dalla riforma del Consiglio di Sicurezza (31), organo cui i membri delle Nazioni Unite, al fine di

---

testo dell'art. 53 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, dell'espressione « nel suo insieme » riferita alla comunità internazionale, delineava incisivamente l'AGO, *Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne, Introduction*, in *Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1971, III, p. 323, il quadro delle componenti essenziali della comunità internazionale nel periodo: « il faut que la conviction du caractère impératif de la règle soit partagée par toutes les composantes essentielles de la communauté internationale et non seulement, par exemple, par les Etats de l'Ouest ou de l'Est, par les pays développés ou en voie de développement, par ceux d'un continent ou d'un autre ».

(30) Sulla riforma delle Nazioni Unite, vedere fra gli altri BERTRAND, *Contribution à une réflection sur la réforme des Nations Unies*, Genève, 1985; WOLFRUM (herausgegeben von), *Die Reform der Vereinten Nationen. Möglichkeit und Grenzen*, Berlin, 1989; VILLANI, *La crisi delle Nazioni Unite e i progetti di rilancio*, in *Pace, diritti dell'uomo, diritti dei popoli*, 2/1989, p. 19 ss.; ORTEGA CARCELEN, *La reforma de la Carta de Naciones Unidas: algunas propuestas institucionales*, in *Revista española de derecho internacional*, 1991, p. 389 ss.; TOUSCOZ, *Verso la riforma dell'ONU*, in *Aggiornamenti sociali*, 1991, p. 285 ss.; SAHOVIC, *À l'aube d'une éventuelle nouvelle étape du développement de l'O.N.U.*, in *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement. Mélanges Michel Virally*, Paris, 1991, p. 405 ss.; MÜLLER, *The Reform of the United Nations*, 2 voll., New York, 1992; SAKSENA, *Reforming the United Nations*, New Delhi, 1993; FAWCETT and NEWCOMBE (editors), *United Nations reform: Looking Ahead After Fifty Years*, Toronto, 1995; TANZI, *Notes on the « Permanent Conference of Revision » of the United Nations Charter at the 50th Anniversary of the Organization*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, p. 723 ss.; KENNEDY and RUSSET, *Reforming the United Nations*, in *Foreign Affairs*, 5/1995, p. 56 ss.; WILLSON, *Changing the Charter: The United Nations Prepares for the Twenty-first Century*, in *American Journal of International Law*, 1996, pp. 115-126; NOYES (editor), *The United Nations at 50: Proposals for Improving its Effectiveness*, Washington, 1997.

(31) Sulla riforma del Consiglio di Sicurezza, nella dottrina straniera fra gli altri vedere SOHN, *Modernizing the Structure and Procedure of the Security Council*, in R.-J. DUPUY (préparé par), *Le développement du rôle du Conseil de Sécurité, Peace-keeping and Peace-building* (Académie de Droit international de La Haye, Colloque 1992, La Haye, 21-23 juillet 1992), Dordrecht-Boston-London, 1993, p. 385 ss.; CARON, *The Legitimacy of the Collective Authority of the Security Council*, in *American Journal of International Law*, 1993, p. 552 ss.; SUCHARIPA-BEHRMANN, *The Enlargement of the UN Security Council. The Question of Equitable Representation of and Increase in the Membership of the Security Council*, in *Austrian Journal of Public and International Law*, 1994, p. 1 ss.; QUENEUDEC, *À propos de la composition du Conseil de Sécurité*, in *Revue générale de droit international public*, 1995, p. 955 ss.; WINKELMANN, *Bringing the Security Council into a New Era*, in

assicurare un'azione pronta ed efficace da parte dell'Organizzazione, conferiscono la responsabilità principale del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, riconoscendo che il Consiglio, nell'adempiere i suoi compiti inerenti a tale responsabilità, agisce in loro nome (art. 24.1 della Carta).

A partire dalla fondazione delle Nazioni Unite, la composizione del Consiglio di Sicurezza, cui originariamente concorrevano soli undici membri dei quali sei non permanenti, ha conosciuto una sola modifica nel 1965, quando il numero dei membri veniva portato a quindici dei quali dieci non permanenti. Difatti, un emendamento di questo tenore, approvato con la risoluzione n. 1991 (XVIII) lett. *A* del 17 dicembre 1963, ed entrato in vigore nell'agosto del 1965 in seguito alla ratifica dei due terzi degli Stati membri — così come resta prescritto dall'art. 108 — modificava gli artt. 23 (ove fra l'altro si precisa che i dieci membri non permanenti del Consiglio, devono essere eletti dall'Assemblea Generale, con un mandato biennale non rinnovabile, « avendo speciale riguardo, in primo luogo, al contributo dei membri delle Nazioni Unite al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale ed agli altri fini dell'Organizzazione, ed inoltre ad un'equa distribuzione geografica ») e 27 della Carta (32).

FROWEIN and WOLFRUM (editors), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, Volume 1, 1997, p. 35 ss.; FASSBENDER, *UN Security Council Reform and the Right of Veto. A Constitutional Perspective*, The Hague, 1998; FLEURENCE, *La réforme du Conseil de Sécurité: l'état du débat depuis la fin de la guerre froide*, Bruxelles, 2000; ANNOUSAMY, *Recasting the Security Council*, in *Indian Journal of International Law*, 2000, p. 538 ss.

E nella dottrina italiana, vedere CATALDI, *Il Consiglio di Sicurezza nel nuovo scenario internazionale: prospettive di riforma nella struttura e nelle procedure*, in *La comunità internazionale*, 1993, p. 683 ss.; LAMBERTI ZANARDI, *Ampliamento del Consiglio e ruolo dei membri permanenti*, in *Relazioni Internazionali*, numero speciale intitolato *La riforma del Consiglio di sicurezza*, aprile 1995, pp. 20-25; POCAR, *Efficienza e trasparenza del Consiglio di sicurezza*, *ibidem*, pp. 38-43; SCISO, *Tra democrazia ed efficienza*, *ibidem*, pp. 50-54; VENTURINI, *Riforma strutturale e funzionale del Consiglio di Sicurezza*, in BEDESCHI MAGRINI (a cura di), *L'Italia e l'ONU Esperienze e prospettive*, Padova, 1997, p. 105 ss.; PEDRAZZI, *La riforma del Consiglio di Sicurezza davanti al Gruppo di lavoro istituito dall'Assemblea Generale*, studio n. 50 della serie *Ricerche e Rassegne / Working Papers* pubblicata dall'ISPI, Milano, 1997; MARCHISIO, *L'ONU, Il diritto delle Nazioni Unite*, cit., pp. 187-190; INGRAVALLO, *In tema di riforma del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite*, in *La comunità internazionale*, 2001, pp. 261-268.

(32) Si vuol qui rammentare come la risoluzione n. 1991 del 1963 appaia

La modifica risalente al 1963-1965, del resto, ben si giustificava con la significativa crescita intervenuta, dei componenti dell'Organizzazione.

I susseguenti sviluppi tumultuosi del già avviato processo di decolonizzazione, per altro, in tempi rapidi finivano ad evidenziare come sorpassata dagli eventi, la novità per quella via introdotta. Tant'è che nella seconda metà degli anni settanta, si collocavano alcune stimolanti proposte di riforma, presentate in Assemblea Generale o nell'apposito Comitato speciale sulla Carta delle Nazioni Unite istituito nel 1974-1975 (33), le quali — volte

---

suddivisa in due parti. Difatti in una — e si è visto nel testo — appunto decide l'Assemblea di sottoporre l'emendamento alla ratifica degli Stati membri. Invece nell'altra, l'Assemblea « *decide inoltre* che i dieci membri non permanenti del Consiglio di Sicurezza siano eletti secondo il criterio seguente: *a*) cinque membri eletti tra gli Stati dell'Africa e dell'Asia; *b*) un membro eletto tra gli Stati dell'Europa orientale; *c*) due membri eletti tra gli Stati dell'America latina; *d*) due membri eletti tra gli Stati dell'Europa occidentale e altri Stati ».

Chiarisce il CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, cit., p. 65, come la seconda parte della considerata risoluzione, tuttora applicata alla ripartizione dei seggi, non voglia essere un emendamento alla Carta; tanto è vero che non ha questa parte formato oggetto di ratifica ai sensi dell'art. 108. Passando allora a individuarne il valore formale l'A., una volta escluso potersi trattare di atto vincolante per gli Stati membri (dacché l'Assemblea « può emettere... decisioni solo in casi tassativamente determinati e tra questi non vi è il caso in esame »), oppure di un vero e proprio accordo internazionale intercorso tra gli Stati che hanno votato in suo favore (« se gli Stati avessero effettivamente inteso obbligarsi, essi avrebbero adottato anche la seconda parte della risoluzione sotto forma di emendamento »), e non intendendo per altro negare alla seconda parte della risoluzione qualsivoglia valore giuridico — col farla scadere, ad esempio, al rango di *gentlemen's agreement* —, così perviene a concludere: « La soluzione migliore ci sembra quella di riportarla al potere di raccomandazione che in misura assai lata e generica spetta all'Assemblea in base all'art. 10 della Carta, e di attribuirle l'effetto giuridico tipico delle raccomandazioni degli organi dell'ONU, ossia l'effetto di liceità: lo Stato che seguirà i criteri indicati dall'Assemblea non potrà essere comunque accusato di violare la norma dell'art. 23 sulla ripartizione geografica dei seggi ».

(33) Al riguardo cfr. le risoluzioni dell'Assemblea Generale n. 3349 (XXIX) del 17 dicembre 1974 e n. 3499 (XXX) del 15 dicembre 1975. E per i lavori del considerato Comitato speciale, si ricorra comunque al lavoro di TANZI, *Prospects of Revision of the UN Charter*, in *Prospects for Reform of the United Nations System* (Proceedings of the International Simposium), a cura della SIOI, Padova, 1993, p. 468 ss.

A parere di alcuni, la riforma dell'ONU attraverso una modifica formale della Carta sarebbe praticamente impossibile. Tra questi SOHN, *Important Improvements in the Functioning of the Principal Organs of the United Nations That Can*

vuoi ad ampliare il numero dei membri del Consiglio vuoi a mutarne la composizione, e però non in grado di riscuotere il necessario consenso — risaltano pur sempre come anticipatrici di quelle proposte che sono ancor oggi oggetto di discussione.

Dopo una caduta d'interesse per il tema, che segna gran parte degli anni ottanta; è agli inizi degli anni novanta che il processo riformatore riprende slancio, sotto il peso degli avvenimenti che avevano portato alla fine del mondo bipolare e della guerra fredda.

All'origine dei rinnovati sforzi riformatori, stanno comunque due fenomeni distinti.

Da un lato, riguardo all'incremento del numero dei membri dell'Organizzazione, occorre negli anni più recenti segnalare quei ritocchi significativi che vanno collegati alla dissoluzione di precedenti unità statali, come pure all'ingresso nell'Organizzazione di alquanti ministati in precedenza tenuti ai margini. Con il che, il numero degli Stati membri delle Nazioni Unite finisce a coincidere, pressoché totalmente, con il numero degli Stati membri della società internazionale, confermando questo ulteriore passo il conseguimento pieno della universalità dell'Organizzazione. E dunque, non potrà certo stupire che oltre allo squilibrio determinatosi nel rapporto numerico tra Stati membri delle Nazioni Unite e Stati partecipanti in una veste o nell'altra al Consiglio di Sicurezza rispetto alla realtà originaria, non meno venga avvertito con insofferenza crescente il perdurare di una struttura che a oltre mezzo secolo di distanza perpetua la posizione di privilegio di cinque Potenze — tutte rientranti nella componente dei paesi industrializzati (con una sfumatura al riguardo diversa, forse, per la Cina), in maggioranza poi appartenenti all'Occidente e tre all'Europa — rispetto alla gestione del cruciale settore del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale; e questo, come è ovvio, in particolare da parte di Stati rientranti nella componente dei paesi in via di sviluppo, con un peculiare ruolo svolto al loro interno dagli Stati di nuova indipendenza (34).

D'altro lato, nel passaggio di certo significativo per l'equili-

---

Be Made Without Charter Revision, in *American Journal of International Law*, 1997, pp. 652-662.

(34) Vedere LAMBERTI ZANARDI, *Ampliamento del Consiglio*, cit., p. 20; PE-

brio di potenza nelle relazioni internazionali, da un'egemonia diarchica a un'egemonia monocipite (35), e nel conseguente venir meno quali elementi quasi costanti in presenza di crisi internazionali, della perdurante minaccia, come pure dell'uso effettivo e dell'abuso, del veto, si assiste a una vivace ripresa di attività da parte del Consiglio di Sicurezza a partire dai primi anni novanta. La dimostrazione di capacità decisionale in più occasioni fornita dal Consiglio quanto meno a livello direttivo, quando non risultasse possibile anche a livello operativo, di fronte a gravi situazioni internazionali, finiva indubbiamente a rafforzarne il ruolo nello scenario internazionale; ma non poteva non suscitare un acuto senso di frustrazione specialmente in tutta una serie di Stati in via di sviluppo, i quali avvertivano di essere vincolati da decisioni a ben vedere maturate, nei loro lineamenti essenziali, in seno al raggruppamento degli Stati occidentali. E di qui una forte spinta a progredire sul cammino di una riforma, che dovrebbe comunque garantire una maggiore condivisione di responsabilità (36).

Vero è che scomparso dal centro della scena internazionale il conflitto Est-Ovest che per tutto un periodo storico è risultato preponderante sul piano politico-militare e ideologico, allo stesso dopo averlo a lungo affiancato, si sostituisce in tutta la sua crudezza il contrasto d'interessi tra Nord e Sud del mondo, tra Paesi industrializzati e Paesi in via di sviluppo.

È altresì vero che secondo un'opinione diffusa in seno a governi e opinioni pubbliche, la composizione del Consiglio di Sicurezza ad altro non dà luogo, oggi, che ad un anacronismo, e non riflette più i reali rapporti di forza internazionali. Ma se pure vi è chi reputa politicamente corretto denunciare l'insopportabile privilegio aristocratico dei Cinque, va detto che gli Stati

---

DRAZZI, *La riforma del Consiglio di Sicurezza davanti al Gruppo di lavoro*, cit., pp. 6-8.

(35) In questi termini PICCHIO FORLATI, *Introduzione*, in PICCHIO FORLATI (a cura di), *Le Nazioni Unite*, cit., p. 48.

(36) Vedere LAMBERTI ZANARDI, *Ampliamento del Consiglio*, cit., p. 20; PEDRAZZI, *La riforma del Consiglio di Sicurezza davanti al Gruppo di lavoro*, cit., p. 8.

Sulla tendenza del Consiglio di Sicurezza ad assumere sempre di più un ruolo che si può chiamare normativo, o se si preferisce direttivo, contrapposto ad un ruolo operativo, vedere CONFORTI, *Il nuovo ruolo del Consiglio di sicurezza*, in *Relazioni Internazionali*, numero speciale cit., aprile 1995, pp. 4-6.

nella loro grande maggioranza, improntando a realismo la propria politica estera, troverebbero tale privilegio sopportabile, ove potessero condividerlo anche solo parzialmente od ove quanto meno, conoscesse lo stesso un adeguato contrappeso (37).

E veniamo alfine all'11 dicembre 1992, l'importante data in cui l'Assemblea Generale ritenendo non più differibile l'avvio di un tentativo volto a soddisfare l'esigenza di riforma del Consiglio di Sicurezza, con risoluzione 47/62 richiedeva al Segretario Generale di presentare alla quarantottesima sessione un rapporto contenente i commenti scritti degli Stati membri sull'argomento. Tale rapporto in cui figurano ottantadue commenti di Stati e di gruppi regionali (elaborati sulla base di un questionario predisposto dal Segretario e fatto circolare tra i membri dell'Organizzazione), veniva presentato dal Segretario Generale il 20 luglio 1993. Il 3 dicembre 1993 l'Assemblea, con risoluzione 48/26, decideva di costituire un Gruppo di lavoro a composizione non limitata sulla questione dell'equa rappresentanza in seno al Consiglio di Sicurezza e dell'aumento del numero dei suoi

---

(37) Sul punto, vedere QUENEUDEC, *À propos de la composition du Conseil de Sécurité*, cit., p. 955.

Sul rapido mutare dei rapporti di forza a livello internazionale dopo la creazione delle Nazioni Unite, vale riportare le limpide considerazioni svolte dall'AGO, *I quaranta anni delle Nazioni Unite*, in *La comunità internazionale*, 1985, p. 627: « sarebbe certo stato difficile ai redattori della Carta di San Francisco, che in essa disponevano la creazione di un sistema inteso ad attribuire a un gruppo di cinque grandi potenze la responsabilità principale del mantenimento della pace e della sicurezza, e questo basandosi su certe proporzioni di forza parzialmente comparabili anche se notevolmente diverse, sarebbe stato difficile, dicevo, di prevedere quanto radicalmente e rapidamente questa situazione sarebbe mutata. Chi avrebbe potuto supporre, nella primavera del 1945, che l'una di quelle potenze, la più popolosa, la Cina, sarebbe presto stata teatro di una grande lotta e di una rivoluzione che ne avrebbe causato l'assenza per un lungo periodo dai consessi internazionali? E chi avrebbe potuto pensare che altre due potenze, i due grandi imperi britannico e francese, avrebbero cessato di essere tali in un breve volgere di anni e si sarebbero contratti nei limiti di due normali anche se grandi nazioni europee con solo piccole frange di resti di quelle vastissime regioni che eravamo stati abituati a vedere colorate in rosa o in violetto nei mappamondi e nelle carte del mondo prebellico? Già nel 1956 la crisi di Suez fece apparire drammaticamente la nuova realtà e rivelò ormai l'esistenza di due sole superpotenze, per ciò stesso inevitabilmente rivali, e più preoccupate di assicurare tra di esse uno stabile equilibrio di forza che non intenzionate ad assumersi congiuntamente i compiti già previsti a San Francisco per il mantenimento della pace e della sicurezza ».

membri e altre materie correlate (38). Anni di attività del Gruppo di lavoro però, fermo restando il consenso molto ampio che si è determinato sulla necessità di realizzare una rappresentatività maggiore del Consiglio per il tramite di un aumento quantitativo dei suoi membri, non sono bastati a dirimere quegli aspetti più controversi della riforma che si collegano appunto alla modifica della composizione del Consiglio; nel mentre progressi sono stati conseguiti in ordine ad aspetti minori e pur sempre significativi della riforma, è a dire in ordine al miglioramento dei metodi di lavoro del Consiglio e in particolare all'accrescimento della trasparenza nel funzionamento di tale organo, essendo stati alcuni suggerimenti all'uopo avanzati in sede di Gruppo di lavoro già accolti dal Consiglio (39).

Passando alle proposte emerse in questi anni, nelle varie occasioni, dal dibattito in corso fra gli Stati, ci limitiamo ad indicare come le stesse, per quanto attiene alla modifica della composizione del Consiglio di Sicurezza, si prestino a essere raggruppate in quattro categorie che prevedono rispettivamente: *a*) un aumento del numero dei soli membri permanenti; *b*) un aumento del numero dei soli membri non permanenti; *c*) un aumento tanto dei membri permanenti, quanto dei non permanenti; *d*) la creazione di una nuova categoria di seggi da coprire con un sistema di rotazione più o meno accelerata tra un certo numero di Stati — scelti in base a determinati criteri ed essenzialmente in base a quelli indicati dall'art. 23 della Carta — i quali diventerebbero quindi membri *semi-permanenti* (40).

---

(38) Per il rapporto del Segretario Generale, cfr. UN Doc. A/48/264 e i successivi *Addenda* (dall'*Add.* 1 del 26 luglio 1993 all'*Add.* 9 del 23 marzo 1994).

(39) Sul punto PEDRAZZI, *Riforma del Consiglio di sicurezza e posizione italiana*, in ALIBONI, BRUNI, COLOMBO e GRECO (a cura di), *L'Italia e la politica internazionale, Edizione 2000*, IAI e ISPI, Bologna, 2000, p. 118. Vedi anche WOOD, *Security Council Working Methods and Procedure: Recent Developments*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1996, pp. 150-161.

(40) All'interno delle proposte rientranti nella quarta categoria (volte, cioè, ad istituire una nuova categoria di seggi *semi-permanenti*), è da segnalare il progetto di riforma di ampio respiro, presentato dall'Italia nel 1993. La proposta italiana, che ha avuto notevole risonanza e sortito un'indubbia incidenza, rispetto alla sua formulazione originaria ha conosciuto nel tempo modifiche ed aggiornamenti, alla luce del dibattito in corso fra gli Stati. In argomento, vedere fra gli altri VENTURINI, *Riforma strutturale e funzionale del Consiglio*, cit., p. 115 ss.; FULCI, *L'Italia e il Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite*, in *Affari esteri*, XXX, 1998, n. 118, pp.

Pressoché tutte queste proposte sono tali da comportare una modifica formale della Carta delle Nazioni Unite, secondo le procedure previste dagli artt. 108 e 109 della Carta. Com'è noto, perché un emendamento alla Carta entri in vigore (art. 108), esso deve essere adottato dall'Assemblea Generale a maggioranza di due terzi, e successivamente ratificato da due terzi dei membri delle Nazioni Unite, ivi compresi tutti i membri permanenti del Consiglio di Sicurezza; nel mentre ove si tratti di revisione della Carta (art. 109), la ratifica — e qui è da individuare l'unica differenza — anziché dopo una risoluzione dell'Assemblea, interviene dopo il pronunciamento (a maggioranza di due terzi) di una Conferenza internazionale *ad hoc*, comunque composta da tutti gli Stati membri dell'Organizzazione. E da ciò, con tutta evidenza emerge che per avere una possibilità di approvazione, una proposta dovrà essere tale da ottenere vuoi il consenso *di tutti i membri permanenti* del Consiglio di Sicurezza (cui si è già visto in antecedenza esser stato conferito il potere giuridico di far dipendere dalla propria volontà l'entrata in vigore, appunto, di qualsivoglia modificazione della Carta), vuoi il consenso del gruppo *dei Paesi in via di sviluppo* i cui componenti, tutti insieme, ammontano attualmente a più dei due terzi dei membri delle Nazioni Unite. Al contrario, fornendo una valutazione basata sulla considerazione dei due fattori fondamentali indicati, parranno (al di là di ogni considerazione di merito) irrealizzabili quelle proposte che si volgano a sacrificare in maniera significativa aspetti del trattamento speciale accordato ai Cinque; come pure quelle altre, che non forniscano adeguato rilievo alla rappresentanza degli interessi che fanno capo alla componente dei Paesi in via di sviluppo (41).

Si vuole a questo punto, svolgere soltanto qualche succinta considerazione, riguardo ai nodi che restano da sciogliere in vista di individuare una valida e condivisibile soluzione riformatrice. Se soluzione vi sarà — è ormai chiaro —, tale dovrà essere

---

320-331; ID., *Italy and the Reform of the UN Security Council*, in *The International Spectator*, XXXIV, 1999, n. 2, pp. 7-16; PEDRAZZI, *Riforma del Consiglio di sicurezza e posizione italiana*, cit., pp. 117-125; MARCHISIO, *L'ONU, Il diritto delle Nazioni Unite*, cit., p. 189.

(41) Vedere LAMBERTI ZANARDI, *Ampliamento del Consiglio*, cit., pp. 22-23; VENTURINI, *Riforma strutturale e funzionale del Consiglio*, cit., p. 114.

da concretare un accordo di compromesso, atto a contemperare gli interessi che si collegano ai Paesi industrializzati, con gli interessi collegati ai Paesi in via di sviluppo, a tale proposito trovandoci qui di fronte a componenti essenziali della società internazionale odierna.

In primo luogo, un ostacolo che si frappone all'ampliamento del Consiglio di Sicurezza è senza dubbio fornito dal diverso modo di concepire la formula della *rappresentatività*.

La grande maggioranza dei Paesi in via di sviluppo accoglie una nozione di rappresentatività giuridicamente fondata sull'art. 24.1 della Carta, secondo il quale gli Stati membri « riconoscono che il Consiglio di Sicurezza, nell'adempiere i suoi compiti inerenti » alla responsabilità principale conferitagli del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, « agisce in loro nome » (42). Or bene nell'opinione di tali Paesi, il principio della delega che ivi emerge, finisce a imporre una composizione del Consiglio che rifletta in modo equilibrato la pluralità di aree geografiche del mondo e la pluralità dei raggruppamenti politici a cui appartengono gli Stati membri (43).

Un gruppo eterogeneo di Stati, composto in maniera prevalente dagli Stati occidentali e da alcune medie Potenze regionali del Terzo mondo, sostiene invece una nozione di rappresentatività ben diversa. Si dovrebbe modificare la composizione del Consiglio, con l'obiettivo di coinvolgere nelle attività e nelle responsabilità dell'organo assegnando loro un adeguato peso, quegli Stati che occupando una posizione di rilievo a livello universale o regionale, in virtù delle loro dimensioni o della loro forza economica e militare, abbiano dimostrato una maggiore volontà e capacità di contribuire al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali. Lungi dal tendere a una democratizzazione del Consiglio, si tratta allora soltanto di rivedere — tenendo ovviamente conto delle trasformazioni intervenute nella realtà

---

(42) Su questa parte dell'art. 24.1 della Carta, vedere DELBRÜCK, *Article 24*, in SIMMA (editor), *The Charter of the United Nations, A Commentary*, New York, 1995, p. 397 ss., e in particolare pp. 404, 407.

(43) Vedere LAMBERTI ZANARDI, *Ampliamento del Consiglio*, cit., p. 21; MARCHISIO, *L'ONU, Il diritto delle Nazioni Unite*, cit., pp. 187-188.

internazionale — l'attuale oligarchia che controlla il Consiglio di Sicurezza, ampliandola (44).

In secondo luogo, emerge disaccordo pure sul modo di concepire la nozione di *efficienza*.

Difatti, soprattutto i membri permanenti e alcuni Stati occidentali, hanno a più riprese fatto rilevare come il soddisfacimento dell'esigenza di una maggiore rappresentatività dell'organo, non debba comunque andare a detrimento di altra fondamentale esigenza, è a dire quella di salvaguardare l'efficienza del Consiglio (di cui è stata data la prova in più occasioni dopo la fine della guerra fredda), qui intesa come capacità di raggiungere in modo rapido e chiaro decisioni operative di fronte alle emergenze internazionali. Dacché, potendo qualsivoglia variazione del rapporto fra le attuali categorie di membri (permanenti e non permanenti), come pure l'introduzione di nuove categorie di membri, ripercuotersi sul funzionamento del Consiglio, fondato appare il timore che un ampliamento eccessivo dello stesso, finisca a ridurre in maniera significativa l'indicata capacità.

A tali posizioni talora individuate come tendenti a limitare o rinviare la riforma, i Paesi in via di sviluppo replicano attribuendo un diverso significato al termine « efficienza », non più riferito alla capacità decisionale ed operativa del Consiglio, ma riferito invece al consenso ben più ampio che una soddisfacente rappresentatività potrebbe recare a sostegno dell'azione del Consiglio, restando il tutto destinato a riverberarsi anche sull'efficacia delle decisioni del Consiglio (45).

---

(44) Vedere LAMBERTI ZANARDI, *Ampliamento del Consiglio*, cit., p. 21; MARCHISIO, *L'ONU, Il diritto delle Nazioni Unite*, cit., p. 188.

(45) Vedere POCAR, *Efficienza e trasparenza del Consiglio*, cit., pp. 38-41; LAMBERTI ZANARDI, *Ampliamento del Consiglio*, cit., pp. 21-22.

Sulla potenziale antinomia tra democraticità (intesa tanto come trasparenza del processo decisionale, quanto come rappresentatività dell'organo) ed efficienza del Consiglio di Sicurezza, e la via che potrebbe consentirne il superamento, si ricorra all'analisi della SCISO, *Tra democrazia ed efficienza*, cit., p. 50 ss.

Avendo riguardo all'esperienza che precede, di ampliamento del Consiglio della Società delle Nazioni, e all'incremento del numero dei membri non permanenti, che passò da quattro a undici in più tappe, rileva il MARCHISIO, *L'ONU, Il diritto delle Nazioni Unite*, cit., p. 19: « Questo elemento si tradusse in un fattore di debolezza della Società delle Nazioni, a causa del crescente disinteresse delle grandi potenze rispetto all'attività di un Consiglio allargato alla progressiva penetrazione dei piccoli Stati ».

In terzo luogo, va individuato il percorso che porta a realizzare la *trasparenza* delle attività e delle decisioni del Consiglio di Sicurezza.

Il problema si è posto con accresciuta evidenza dopo la fine della guerra fredda, quando si sono notevolmente ravvicinate le posizioni soprattutto tra i membri permanenti del Consiglio, e questi ultimi si sono trovati a condurre con frequenza ben maggiore che in passato, consultazioni informali, sovente segrete, tra loro in vista di una decisione concordata, con esclusione quindi in larga misura dei membri non permanenti dagli svolgimenti del processo decisionale reale. Se il problema di una continua ed esauriente informazione circa le attività in corso, comincia allora all'interno del Consiglio, va per altro posto in rilievo come prosegua lo stesso all'esterno del considerato organo, apparendo i restanti membri delle Nazioni Unite che restano esclusi dalla partecipazione al Consiglio, ben desiderosi di essere tenuti al corrente in maniera continuativa ed esaustiva, e non a posteriori, delle questioni poste all'attenzione del Consiglio come pure del calendario dei lavori. Tale problema informativo, che vediamo porsi nei confronti di Stati membri e non membri del Consiglio, è indubbiamente significativo in quanto una sua adeguata impostazione e soluzione appare destinata a garantire una maggiore efficacia alle decisioni del Consiglio; e pur tuttavia si tratta di problema che può essere risolto in vario modo senza difficoltà eccessive in presenza di buona volontà (46).

In questo quadro, altresì si pone la questione di sviluppare un rapporto più corretto tra il Consiglio e gli altri organi delle Nazioni Unite, avendo particolare riguardo all'Assemblea Gene-

---

Alla luce delle esigenze di adeguamento anche delle strutture organiche, che presentemente si pongono per l'Organizzazione delle Nazioni Unite, di fronte alle straordinarie modifiche intervenute dei rapporti politici internazionali; ha utilmente ripercorso il CONETTI, *La composizione del Consiglio nella Società delle Nazioni*, in *Relazioni Internazionali*, numero speciale cit., aprile 1995, pp. 29-32, le impostazioni e le soluzioni delle questioni connesse alla composizione del Consiglio nell'ambito della Società delle Nazioni, « pur tenendo presente alcune differenze sostanziali di assetto, quanto a rapporti interorganici, competenze e procedure, tra la Società e l'ONU, segnatamente la previsione, nella prima, della piena concorrenza di poteri negli stessi ambiti di competenza tra Assemblea e Consiglio, e dell'assunzione delle delibere consiliari all'unanimità » (p. 29).

(46) Vedere POCAR, *Efficienza e trasparenza del Consiglio*, cit., pp. 40-42.

rale. Né sotto tale ultimo profilo, parrebbe necessario il ricorso a modifiche della Carta, alla realizzazione dell'obiettivo di una maggiore trasparenza delle attività del Consiglio potendo bastare l'applicazione puntuale e concreta di disposizioni già presenti nella Carta e finora scarsamente utilizzate. Ci si riferisce all'art. 24.3, secondo il quale « Il Consiglio di Sicurezza sottopone relazioni annuali e, quando sia necessario, relazioni speciali all'esame dell'Assemblea Generale », e che non è stato pienamente utilizzato quanto a queste ultime. Come pure al collegato art. 15.1, che prevede la competenza dell'Assemblea Generale di esaminare le relazioni del Consiglio, che comprendono un resoconto delle misure decise o intraprese dal Consiglio di Sicurezza per mantenere la pace e la sicurezza internazionale. E riguardo a quest'ultima disposizione, ben potrebbe l'Assemblea Generale contraddicendo l'interpretazione estremamente riduttiva della stessa prevalsa nella prassi, procedere effettivamente ad un esame approfondito delle relazioni ricevute dal Consiglio e all'occorrenza avvalersi di quel potere di raccomandazione che le è attribuito in via autonoma e in termini generali dall'art. 10 (sempre tenuto presente il limite previsto dall'art. 12.1, che stabilisce: « Durante l'esercizio da parte del Consiglio di Sicurezza delle funzioni assegnategli dalla presente Carta, nei riguardi di una controversia o situazione qualsiasi, l'Assemblea Generale non deve fare alcuna raccomandazione riguardo a tale controversia o situazione, a meno che non ne sia richiesta dal Consiglio di Sicurezza »), per ottenere dal Consiglio relazioni più consistenti, con maggiori informazioni sui dibattiti svoltisi in seno al Consiglio e sulle decisioni da questo adottate, come pure per far maggiormente intendere al Consiglio la propria voce sulla gestione delle crisi internazionali. Certo è, in conclusione, che se l'Assemblea si determinasse a così operare, un significativo passo in avanti sarebbe compiuto in direzione di un maggiore coordinamento tra i due organi, pur conservando integra il Consiglio la sua indipendenza (47).

---

(47) In argomento, vedere PEDRAZZI, *Le relazioni del Consiglio all'Assemblea generale*, in *Relazioni Internazionali*, numero speciale cit., aprile 1995, pp. 44-49; SCISO, *Tra democrazia ed efficienza*, cit., pp. 52-53. Come pure gli spunti che si contengono in POCAR, *Efficienza e trasparenza del Consiglio*, cit., p. 42; VENTURINI, *Riforma strutturale e funzionale del Consiglio*, cit., p. 120.

Siamo ormai, avviandoci alla fine, al quarto nodo che resta da sciogliere ove si vogliano stabilire i capisaldi di una valida ipotesi riformatrice, e che è dato dalla delineazione della *procedura di voto* in seno al Consiglio ampliato, e in particolare come momento essenziale, dalla fissazione del *quorum* necessario per l'adozione delle delibere. Va al riguardo sottolineato come pressoché tutte le proposte avanzate dagli Stati omettano appunto di precisare la maggioranza numerica richiesta per l'approvazione di una qualsivoglia delibera da parte del Consiglio ampliato così come da previsione. Per certo si tratta di carenza deprecabile, in quanto relativa a un ben rilevante aspetto del funzionamento del Consiglio: difatti, a fronte del c.d. diritto di veto di cui dispongono i membri permanenti, l'unico contrappeso è costituito dalla possibilità offerta ai membri non permanenti, se sono d'accordo, di ricorrere al c.d. veto collettivo o indiretto, per tal via impedendo il raggiungimento della maggioranza numerica necessaria per deliberare (e il conseguimento di un tale risultato, ovviamente, tanto sarà più agevole, quanto più elevato si rivelerà il *quorum* prefissato) (48).

E a proposito del c.d. diritto di veto, due sono le questioni che emergono come principali: prima di tutto la portata del veto, è a dire l'eventuale modifica del potere di cui dispongono gli attuali membri permanenti; poi, l'estensione del veto, è a dire il conferimento del potere di cui si tratta, a eventuali nuovi membri permanenti.

Certo è che al di là di ogni giudizio che ne venga dato, irrealizzabile è l'ipotesi di abolire il diritto di veto, vista la contrarietà di quei membri permanenti, il cui consenso abbiamo visto essere indispensabile per qualsivoglia modifica della Carta.

Invece, qualche possibilità di successo potrebbe sussistere per quelle proposte, che valgono semplicemente a restringere la portata del diritto di veto. Con ciò s'intende, fra l'altro, la tendenza a richiedere che non basti il voto contrario di un solo membro permanente per bloccare una delibera, ma occorra invece il voto contrario di almeno due e magari tre membri permanenti. Come pure l'altra tendenza, a limitare l'esercizio del di-

---

(48) Vedere LAMBERTI ZANARDI, *Ampliamento del Consiglio*, cit., p. 25. E per quanto riguarda il veto collettivo, si operi riferimento a BAILEY, *The Procedure of the UN Security Council*, 2nd Edition, Oxford, 1988, p. 223 ss.

ritto di veto a ben individuate materie, e specialmente a quelle regolate dal cap. VII della Carta.

Notevole interesse senza dubbio riveste il tipo di proposta cui si è da ultimo fatto cenno. In quanto se il diritto di veto formulato a Yalta a beneficio dei membri permanenti, valse ad assicurare l'adesione alla nuova organizzazione di tutte le grandi Potenze uscite vincitrici dalla seconda guerra mondiale e in particolare dell'URSS, nel momento in cui si mostrava in grado di garantire che il sistema istituito con la nuova organizzazione non potesse volgersi contro ognuna di esse; oggi, il fatto che contro i Cinque non possano essere adoprati quanto meno i poteri coercitivi *ex* cap. VII, potrebbe già di per sé, forse, concretare una sufficiente garanzia (49). E ancora, in quanto potrebbe restare aperta la via a un ragionevole compromesso fra le posizioni estreme da un lato dei membri permanenti, in generale favorevoli al mantenimento del diritto di veto, e dall'altro di numerosi Stati (fra cui alquanti Paesi in via di sviluppo) desiderosi di abolire siffatto diritto anche in capo ai cinque membri permanenti attuali (50).

Riguardo all'estensione del veto, infine, va semplicemente detto che una tendenza molto diffusa vuol recisamente escludere l'attribuzione di questo stesso ad eventuali nuovi membri permanenti del Consiglio di Sicurezza (51).

5. In fine del lavoro, s'intende solo osservare quanto segue.

Le Nazioni Unite sono un ente che vive unicamente a base di cooperazione tra i suoi membri. E questi sono sempre degli Stati che conservano integra la loro indipendenza, e di cui la

---

(49) Vedere LAMBERTI ZANARDI, *Ampliamento del Consiglio*, cit., p. 23. Come pure i cenni che si rinvengono in CATALDI, *Il Consiglio di Sicurezza nel nuovo scenario internazionale*, cit., p. 695.

Si vuol qui aggiungere che è stato altresì proposto di eliminare l'intervento del Consiglio di Sicurezza in alcune procedure regolate dalla Carta, come l'ammissione, la sospensione o l'espulsione di membri. E al riguardo, si veda MARCHISIO, *L'ONU, Il diritto delle Nazioni Unite*, cit., p. 190.

(50) Vedere POCAR, *Efficienza e trasparenza del Consiglio*, cit., p. 41.

(51) Per quanto concerne la procedura decisionale nel Consiglio ampliato, si operi riferimento a MARCHISIO, *L'ONU, Il diritto delle Nazioni Unite*, cit., p. 190.

Carta stessa sottolinea la *sovrana uguaglianza* (52). In conseguenza, il successo di ogni attività, ivi compresa la riforma delle istituzioni, si collega al dispiegamento di uno *sforzo collettivo*, tale da coinvolgere la grande maggioranza dei membri, rientranti nelle diverse componenti essenziali della società internazionale. E questo, e non altro, è lo strumento di cui si può l'Organizzazione avvalere per il perseguimento dei suoi fini (53).

Certo è che nella costruzione e nel consolidamento di un nuovo armonico ordine internazionale, se si avvererà, ben saranno da valorizzare quelle istituzioni permanenti e universali — adeguatamente riformate, si spera —, le quali si propongono come idonee a rappresentare gli interessi della società internazionale, come capaci di tradurre la valutazione degli interessi generali in atti di volontà concreti che si indirizzino agli Stati (54).

---

(52) Al riguardo così, ed efficacemente, si esprimeva l'AGO, *L'organizzazione internazionale dalla Società delle Nazioni alle Nazioni Unite*, cit., p. 21: « Le Nazioni Unite sono l'incarnazione più recente del sistema della cooperazione organizzata tra stati sovrani; e un fosso assai profondo le separa ancora da quelle forme a carattere superstatuale che costituiscono l'aspirazione profonda e per ora irrealizzata di tanti che vi vedono il solo mezzo per assicurare un ordinato e pacifico sviluppo della convivenza umana ».

(53) Per incisivi cenni in argomento, si ricorra ad AGO, *I quaranta anni delle Nazioni Unite*, cit., p. 624.

(54) Per l'idoneità e la capacità delle istituzioni, come nel testo configurate, si operi riferimento a ZICCARDI, *Gli effetti della cooperazione regionale sulla concezione tradizionale dello Stato*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, 1970, pp. 145-146.

XVII.

IL TRATTAMENTO DIFFERENZIATO DEI PAESI IN VIA DI SVILUPPO NELLA PRASSI CONTENZIOSA DELL'OMC

DI

CESARE PITEA

Dottorando in Diritto internazionale nell'Università degli Studi di Milano

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Dal « diritto internazionale dello sviluppo » al « diritto dell'integrazione ». — 3. Il sistema di soluzione delle controversie OMC ed il suo impatto sull'applicazione della disciplina speciale. — 4. Risvolti procedurali dell'applicazione della disciplina speciale: la competenza dei *panels*. — 5. (*Segue*): la qualificazione della disciplina speciale ai fini delle distribuzione dell'onere della prova. — 6. L'interpretazione del diritto materiale: l'interpretazione restrittiva della disciplina speciale delle eccezioni al divieto di restrizioni quantitative: il caso *India, Quantitative Restrictions*. — 7. (*Segue*): la restrizione del campo di applicazione delle deroghe transitorie: i casi *Brazil, Aircraft* e *India, Patent Protection*. — 8. (*Segue*): la riduzione della nozione di preferenza commerciale: il caso *EC, Bananas III*. — 9. (*Segue*): la portata delle c.d. disposizioni esortative: il caso *EC, Bed Linen Anti-dumping*. — 10. I PVS e la fase esecutiva delle decisioni: la decisione arbitrale *EC, Banana III-Arb/Ecu*. — 11. Conclusioni.

1. In seguito alla trasformazione dell'Accordo Generale sulle Tariffe ed il Commercio (GATT 1947) nell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC o *World Trade Organization*, WTO) (1), la posizione normativa dei paesi in via di sviluppo (PVS) nel sistema commerciale multilaterale, definita nel GATT 1947 come espressione di un « diritto internazionale dello sviluppo », ha subito una mutazione profonda. Tale cambiamento non è determinato esclusivamente dagli interventi sul contenuto del trattamento speciale e differenziato ad essi destinato, ma è

(1) Sull'OMC in generale si vedano SACERDOTI, *La trasformazione del GATT nell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, in *Dir. comm. int.*, 1995, p. 75; COMBA, *Il neo-liberismo internazionale. Strutture giuridiche a dimensione mondiale dagli accordi di Bretton Woods all'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, 1995; SIDI (ed.), *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Napoli, 1998; JACKSON, *The World Trade Organisation. Constitution and Jurisprudence*, London, 1998; VENTURINI, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Milano, 2000; ADINOLFI, *L'Organizzazione Mondiale del Commercio: profili istituzionali e normativi*, Padova, 2001. Il testo completo degli accordi è contenuto nel *Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Negotiation (Final Act)* ed è pubblicato nel sito internet ufficiale dell'OMC all'indirizzo *http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/final_e.htm*.

soprattutto conseguenza del nuovo quadro normativo ed istituzionale, o se vogliamo così definirlo « costituzionale », all'interno del quale esso si pone.

Un contributo decisivo alla ridefinizione della posizione normativa dei PVS è fornito dall'attività degli organi di soluzione delle controversie, in virtù del ruolo centrale ad essi attribuito nell'OMC. L'analisi dell'attività interpretativa, dei criteri con i quali è condotta e dei risultati ai quali giunge, si rivela dunque fondamentale per confermare o smentire le ipotesi sul trattamento dei PVS formulate in base alla mera osservazione del dato normativo. Tale ricerca costituisce l'oggetto specifico del presente studio.

Dopo avere brevemente esposto le ragioni per le quali si può parlare di passaggio da un « diritto internazionale dello sviluppo » ad un « diritto dell'integrazione » ed illustrato la disciplina speciale per i PVS in materia processuale, cercheremo di determinare se, ed in quale misura, si possa parlare ancora di una « dimensione dello sviluppo » nel sistema commerciale multilaterale, alla luce delle decisioni dei *panels* e dell'Organo d'Appello che hanno inciso sulla definizione del contenuto, dello *status* e della funzione del trattamento normativo differenziato per i PVS.

2. Nel GATT 1947 il regime normativo applicabile ai PVS si è venuto progressivamente differenziando da quello applicabile alla generalità delle parti contraenti (c.d. dualità di norme). I PVS rivolgevano la propria critica alla disciplina liberale promossa all'indomani del secondo conflitto mondiale ed ispirata a quella rigida concezione di eguaglianza formale tra le parti contraenti che si manifestava nei due principi cardine del sistema: la non discriminazione e la stretta reciprocità nelle negoziazioni. Tale critica muoveva dalla convinzione che le politiche liberiste fossero, da un lato, inadeguate a regolare le relazioni economiche tra i paesi industrializzati ed i paesi di nuova indipendenza reduci dallo sfruttamento coloniale e, dall'altro, costituissero un ostacolo al raggiungimento della piena sovranità cui tali paesi aspiravano. Da qui i due principi cardine di quello che sarà chiamato « diritto internazionale dello sviluppo » (2): il principio di

(2) Per un approfondimento sul significato di tale espressione si vedano

sovranità economica, espressione del rifiuto dei PVS di essere vincolati nelle loro scelte di politica economica da regole consuetudinarie o multilaterali alla cui formazione non avessero partecipato, ed il principio di eguaglianza compensatrice, attraverso il quale essi rivendicavano per il diritto internazionale un ruolo interventista nel correggere le diseguaglianze di sviluppo.

L'applicazione di tali principi alla materia del commercio internazionale (3) ha condotto i PVS a rifiutare la nozione di reciprocità nelle negoziazioni, nonché il conseguente onere di assumere impegni di liberalizzazione del loro mercato interno, ed a rivendicare una « discriminazione positiva » per i propri prodotti, attraverso la concessione di un accesso preferenziale generalizzato sui mercati dei paesi sviluppati. Tali posizioni sono state progressivamente incorporate nel sistema normativo del commercio internazionale mediante l'approvazione di testi a portata generale che hanno fornito alle parti contraenti ed agli organi del GATT 1947 una base legale per l'azione in materia di sviluppo. In particolare, la Parte IV del GATT su Commercio e Sviluppo, aggiunta nel 1964, ha riconosciuto il principio di non reciprocità (4) e la c.d. riforma del quadro giuridico del commercio internazionale al termine del *Tokyo Round* nel 1979 ha fornito uno *status* permanente alla nozione di preferenza commerciale per lo sviluppo (5). Un contributo importante alla differenzia-

---

VIRALLY, *Vers un droit international du développement*, in *Ann. fran. dr. int.*, 1965, p. 3; SFDI (ed.), *Pays en voie de développement et transformation du droit international, (Colloque d'Aix-en-Provence)*, Paris, 1974; e FEUER-CASSAN, *Droit international du développement*, Paris, 1981.

(3) Il documento che esprime le concezioni economiche che saranno alla base dell'affermazione del diritto internazionale dello sviluppo nel sistema commerciale multilaterale è il rapporto dell'economista R. PREBISH, Segretario Generale della prima Conferenza delle Nazioni Unite su Commercio e Sviluppo (UNCTAD I), dal titolo *Vers une nouvelle politique commerciale en vue du développement*, in *Actes de la 1ère CNUCED*, Ginevra, 1964. Sul ruolo svolto dall'UNCTAD nella riforma del GATT 1947 si veda HUDEC, *The Developing Countries in the GATT Legal System*, London, 1987, p. 39.

(4) Sulla portata giuridica della Parte IV del GATT si veda FLORY, *Le GATT, Droit international et commerce mondial*, Paris, 1968, p. 178.

(5) Si veda la decisione *Differential and More Favourable Treatment, Non Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries*, in *BISD*, 26th *suppl.*, p. 203, par. 1 e, per un commento, YUSUF, *Differential and More Favourable Treatment: the GATT Enabling Clause*, in *J. World Trade L.*, 1980, p. 507 ss. In prece-

zione della posizione normativa dei PVS è stato fornito dalla particolare disciplina di accessione all'Accordo Generale che consentiva loro di non assumere alcun impegno di liberalizzazione al momento dell'ingresso (6), nonché dalle disposizioni speciali contenute nei c.d. Codici del *Tokyo Round* (7). La chiave di volta per l'affermazione del regime di relativa libertà nella protezione del mercato interno per i PVS ha avuto, però, natura « costituzionale »: solo grazie alla flessibilità del GATT 1947 l'accordo politico incorporato nei testi citati si è potuto erigere a principio del sistema. Le necessità dello sviluppo economico dei PVS sono diventate, di fatto, una « giusta causa » di deviazione dalle regole multilaterali, ben oltre quanto definito nei testi normativi (8).

Tale impostazione contrasta decisamente con le concezioni economiche e normative poste alla base dell'OMC (9). Essa nasce sotto l'influsso della rinnovata supremazia delle dottrine economiche liberali ed incorpora, come principi costituzionali fondamentali, gli strumenti giuridici che ne sono espressione; in particolare, i principi di non discriminazione e di abbattimento delle barriere commerciali. L'insieme degli accordi amministrati dall'Organizzazione, che ha un'estensione *ratione materiae* ben più ampia del GATT 1947 (10), costituisce un « pacchetto unico » di obblighi connessi alla qualità di Membro dell'Organizza-

---

denza tali preferenze potevano essere concesse solo grazie ad una deroga, generale ma temporanea, concessa nel 1971 (*BISD*, 18th *suppl.*, pp. 24-25).

(6) L'art. XXVI.5(c) GATT 1947 stabiliva che i paesi di nuova indipendenza, quindi la maggior parte dei PVS, potessero accedere all'Accordo Generale, previa la presentazione dell'*ex* Stato metropolitano, senza dovere presentare liste di concessioni.

(7) Per una panoramica del trattamento speciale dei PVS in seguito al *Tokyo Round* si veda LEBULLENGER, *La portée des nouvelles règles du GATT en faveur des pays en voie de développement*, in *Rev. gén. dr. int. pub.*, 1982, p. 255 ss.

(8) Per un'analisi, in un'ottica liberale, dell'evoluzione della disciplina speciale dei PVS e degli strumenti della sua affermazione si veda HUDEC, cit., *supra* nota 3.

(9) Anche in questo caso si rimanda ad un celebre rapporto, intitolato *Politica Commerciale per un Futuro Migliore, Proposte d'Azione (Rapporto Leuwtiler)*, (la traduzione italiana si trova in SECCHI-SACERDOTI (eds.), *L'Uruguay Round del GATT*, Milano, 1987, p. 91), che costituisce una sorta di anticipazione di tutte le questioni che saranno oggetto dell'*Uruguay Round* fornendo, allo stesso tempo, un chiaro esempio delle concezioni economiche ad esso soggiacenti.

(10) Innanzitutto vengono reintegrati nella disciplina liberista i settori agri-

zione, impedendo così i fenomeni di frammentazione normativa *ratione personae* propri del GATT 1947.

In questo quadro, l'esistenza di un regime normativo differenziato per i PVS non è né tollerabile, né auspicabile (11). Il perseguimento nei PVS di politiche di sostituzione delle importazioni, cui il sistema di dualità di norme era finalizzato, è stato ritenuto causa della loro perdita di competitività, nonché della loro emarginazione dal sistema multilaterale e della conseguente proliferazione di pratiche discriminatorie nei loro confronti (12).

---

colo e tessile che si erano, di diritto o di fatto, progressivamente sottratti dall'ambito di applicazione del GATT 1947. Inoltre essa è estesa al commercio di servizi ed agli aspetti commerciali della tutela della proprietà intellettuale e della regolamentazione degli investimenti.

(11) Tale osservazione non si applica ai Paesi Meno Avanzati (PMA), cioè a quella sottocategoria di PVS i quali, per la struttura ed il livello di sviluppo delle proprie economie, si trovano impossibilitati ad entrare nel gioco della competizione globale e, quindi, a coglierne le opportunità (si veda CNUCED, *Les Pays Moins Avancés, Rapport 1998 - Aperçue générale par le Secretaire Général*, UNCTAD/LDC/(1998) (*Overview*), p. 2). Essi sono individuati in una lista redatta dalle Nazioni Unite (sui criteri di identificazione dei PMA si veda VERDIRAME, *The Definition of Developing Countries Under GATT and Other International Law*, in *Germ. Yearb. Intern. Law*, 1996, p. 164 ss.) e godono, nell'OMC, di un trattamento differenziato rispetto a quello della generalità dei PVS, essendo destinatari, oltre che di disposizioni nei singoli accordi, di una Decisione annessa all'Accordo OMC (*Decision on Measures in Favour of Least-Developed Countries, Final Act*) e di altre disposizioni a carattere generale (art. XI.2 Accordo OMC, art. 24.2 DSU). Per essi la compatibilità con i loro bisogni individuali di sviluppo, continua a costituire un limite generale ed astratto all'assunzione di obblighi (art. XI.2 Accordo OMC e par. 1 Decisione PMA).

Anche in materia processuale i PMA godono di una propria disciplina speciale. L'art 24.1 DSU stabilisce che la loro speciale situazione sia tenuta in particolare considerazione in ogni fase del procedimento. Viene comunque richiesto ai membri di esercitare una *due restraint* nel promuovere questioni che coinvolgono PMA ed, eventualmente, nelle richieste di compensazione o di autorizzazione della sospensione di concessioni. L'art. 24.2 DSU potenzia invece l'opera di mediazione istituzionale nella fase precedente all'istituzione del *panel* coinvolgendo, oltre al Direttore Generale, anche il Presidente del DSB e conferendo loro il potere di consultare qualsiasi fonte essi ritengano appropriata. Una valutazione di tali disposizioni è impossibile, alla luce della totale assenza di partecipazione dei PMA dal sistema di soluzione delle controversie.

Per tali motivi, l'esposizione che segue, per semplicità riferita ai PVS in generale, non può essere estesa automaticamente ai PMA.

(12) Tale aspetto è evidenziato da HUDEC, cit. *supra* nota 3, p. 215 ss. Sulle pratiche discriminatorie che, specie dagli anni '70, hanno colpito le esportazioni

La sottrazione di tali paesi alla disciplina liberale multilaterale non è più vista come un momento necessario per l'attuazione di politiche finalizzate allo sviluppo ma, al contrario, come un ostacolo all'integrazione delle economie arretrate nella competizione globale, considerata la chiave dello sviluppo economico e della prosperità (13). I PVS diventano così oggetto di una più pressante richiesta di contribuzione ai processi di liberalizzazione. In tale contesto il trattamento differenziato, pur non scomparendo, subisce un mutamento di *status* e di funzione (14).

Il primo riflesso sul piano normativo è costituito dall'obbligo, cui i PVS sono sottoposti al pari di tutti gli altri paesi, di negoziare un « biglietto di ingresso » nell'Organizzazione, sottoscrivendo una lista di concessioni e di impegni di liberalizzazione, tariffari e non tariffari, sia nell'ambito dello scambio di merci che in quello dello scambio di servizi (15).

In secondo luogo, nell'OMC i PVS sono privi di uno statuto normativo proprio, definito in via generale da uno strumento

---

competitive dei PVS si vedano KHAVAND, *Droit international des textiles et pays en développement*, in *Rev. gén. dr. int. pub.*, 1987, p. 1241 ss.; BAGCHI, *The Integration of the Textile Trade into GATT*, in *Journ. World Trade*, 1994, 6, p. 31 ss.; PETERSMANN, *Grey Area Trade Policy and the Rule of Law*, in *Journ. World Trade*, 1988, 2, p. 23 ss.; e RIGHINI, *Le misure di limitazione volontaria delle esportazioni dopo l'Atto Finale dell'Uruguay Round*, in *Riv. dir. int.*, 1995, p. 122 ss.

(13) M. FLORY, *Mondialisation et droit au développement*, in *Rev. gén. dr. int. pub.*, 1997, p. 623.

(14) Sulle questioni generali riguardanti il trattamento differenziato dei PVS nell'OMC, si vedano BLANC, *Peut-on encore parler d'un droit du développement?*, in *Journ. dr. int.*, 1991, p. 905 ss.; BERTHELOT, *Plus d'obligations, moins d'incertitude: les pays en développement et l'Uruguay Round*, in *Pol. étr.*, 1993, 2, p. 351 ss.; FEUER, *L'Uruguay Round, les pays en développement et le droit international du développement*, in *Ann. fran. dr. int.*, 1994, p. 758 ss.; ROM, *Some Early Reflections on the Uruguay Round Agreement as Seen from the Viewpoint of a Developing Country*, in *Journ. World Trade*, 1994, 6, p. 8 ss.; VINCENT, *L'impact des négociation de l'Uruguay Round sur les pays en développement*, in *Rev. belge dr. int.*, 1995, p. 486 ss.; M. FLORY, cit. *supra* nota 13, p. 609 ss.; LUCCHINI, *La posizione dei paesi in via di sviluppo negli accordi dell'Uruguay Round*, in SACERDOTI-VENTURINI, *La liberalizzazione multilaterale dei servizi ed i suoi riflessi per l'Italia*, Milano, 1997, p. 139 ss.; TAXIL, *L'OMC et les pays en développement*, Paris, 1998; SOUTH CENTRE, *Special and Differential Treatment for Developing Countries in WTO (TRADE Working Papers 2)*, Geneva, 1999, in *www.southcentre.org/publications/s&d/s&d.pdf*.

(15) Si vedano JACKSON, cit. *supra* nota 1, p. 48 e gli artt. XI e XII dell'Accordo OMC.

giuridico applicabile a tutti gli accordi multilaterali. Di conseguenza, il trattamento speciale ha natura contrattuale: la sua inclusione nei singoli accordi ed il suo contenuto sono soggetti a negoziazione caso per caso (16).

Infine, dal contenuto delle disposizioni speciali emerge chiaramente come la loro finalità non sia più di lasciare ai PVS maggiori spazi di libertà, o di sovranità, per l'attuazione di politiche commerciali specificatamente finalizzate alla promozione dello sviluppo economico. Negli accordi OMC, gli strumenti del trattamento speciale sono tipicamente due: la concessione di periodi transitori, cioè il differimento temporale di obblighi derivanti dagli accordi, soggetto al rispetto di talune condizioni, e la prestazione di assistenza tecnica, sia sul piano multilaterale che sul piano bilaterale (17). In entrambi i casi la *ratio* dell'intervento è di garantire spazi per l'attuazione delle riforme economiche, legislative ed amministrative necessarie per consentire ai PVS il rispetto di tutti gli obblighi derivanti dagli accordi ed una piena integrazione delle economie arretrate nella competizione globale tra sistemi. Tale intervento non affonda le proprie radici nella specificità della questione dello sviluppo, riflettendo, piuttosto, un più generale principio di progressività nella liberalizzazione di settori economici tradizionalmente protetti, come è dimostrato dai meccanismi dilatori adottati in materia di tessili, di agricoltura e di servizi i cui principali beneficiari sono i paesi più avanzati (18).

Nel definire l'insieme delle norme che regolano il commercio tra paesi a diverso livello di sviluppo nel sistema OMC, non appare, quindi, appropriato parlare di « diritto internazionale

---

(16) Cfr. VINCENT, cit. *supra* nota 14, p. 494.

(17) Altre due categorie possono essere individuate. Talune disposizioni contengono il riconoscimento in via di principio degli interessi speciali dei PVS. Esse hanno un valore più che altro simbolico e raramente danno luogo a posizioni soggettive suscettibili di tutela (ma si veda *infra*, par. 9). Altre disposizioni, per lo più un'eredità del trattamento speciale previsto nei codici del *Tokyo Round*, contengono obblighi ridotti rispetto a quelli contratti dai paesi sviluppati. La classificazione adottata è tratta da FEUER, cit. *supra* nota 14, p. 767.

(18) In particolare il meccanismo adottato dall'*Agreement on Textiles and Clothing* ha sollevato critiche per la sua eccessiva progressività e la possibilità che, di fatto, lascia ai paesi industrializzati di mantenere gran parte delle restrizioni fino alla scadenza del termine decennale sancito dall'accordo, cfr. BAGCHI, cit. *supra* nota 12, p. 32.

dello sviluppo » in virtù delle penetranti limitazioni di sovranità economica connesse alla partecipazione all'Organizzazione e della natura tendenzialmente eguale degli obblighi cui sono soggetti tanto i paesi avanzati quanto i PVS. Al contrario, la loro definizione come « diritto dell'integrazione » sottolinea, da un lato, un obiettivo perseguito in via generale dall'OMC e, dall'altro, la funzione specifica delle disposizioni speciali destinate ai PVS.

3. Né lo scopo e la funzione delle disposizioni di trattamento speciale inserite o riformate nel corso dell'*Uruguay Round*, né la riflessione sul contesto normativo nel quale esse intervengono sono sufficienti ad illustrare la trasformazione della posizione normativa complessiva dei PVS nell'OMC. Come accennato, essa deve essere valutata alla luce di quella che può essere considerata la più importante riforma costituzionale del commercio internazionale: la creazione, in linea con una tendenza caratteristica dell'evoluzione attuale degli strumenti di soluzione delle controversie internazionali, di un meccanismo di controllo sull'applicazione degli accordi con predominanti profili arbitrali e giurisdizionali (19).

---

(19) Gli elementi decisivi per una qualificazione in tale senso sono: *a*) la natura obbligatoria della giurisdizione dei *panels* e delle decisioni, alla quale i membri OMC non possono sottrarsi, salvo mutuo consenso; *b*) l'esclusione di ogni attività di mediazione da parte dei *panels*, i quali, anche nella ricerca di una soluzione di mutua soddisfazione, sono tenuti al pieno rispetto delle norme giuridiche; *c*) l'esistenza di un Organo d'Appello permanente composto da giuristi, assimilabile ad una Corte internazionale, a garanzia della legalità delle decisioni e della unitarietà del sistema normativo, le cui decisioni formano un corpo giurisprudenziale, utilizzabile come fonte sussidiaria di interpretazione e di integrazione del diritto ai sensi dell'art. 38(d) dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia (cfr. TREVES, *Le controversie internazionali. Nuove tendenze, nuovi tribunali*, Milano, 1999, pp. 16 e 39, e MONTANA I MORA, *A GATT With Teeth: Law Wins Over Politics in the Resolution of International Trade Disputes*, in *Columbia Journ. Trans. L.*, 1993, p. 159 ss.).

Secondo LIGUSTRO (in *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale dal GATT all'OMC*, Padova, 1996, p. 594 ss.), invece, la preferenza accordata dal sistema alle soluzioni concordate tra le parti ed il permanere di una funzione conciliativa del *panel*, rafforzata dalla formazione dei *panelists*, che non sono necessariamente giuristi e sono spesso funzionari governativi, impongono la qualificazione del procedimento come « prevalentemente conciliativo ». A queste

Il sistema di soluzione delle controversie dell'OMC, disciplinato dalla relativa *Intesa* (*Dispute Settlement Understanding*, DSU) (20), pur conservando gli elementi peculiari del procedimento sviluppatosi nella prassi del GATT 1947, in particolare

---

osservazioni si può contrapporre la testimonianza di COTTIER (*Dispute Settlement in the World Trade Organisation: Characteristics and Structural Implications for the European Union*, in *Common Market L. Rev.*, 1998, p. 347), il quale, alla luce della propria esperienza personale di *panelist*, afferma che la funzione conciliativa del *panel* non differisce, nella pratica, da quella propria dell'arbitrato internazionale e della giurisdizione internazionale, non svolgendo una funzione attiva nella ricerca del consenso delle parti. Similmente l'indipendenza dei *panelists* non è inferiore a quella di qualsiasi giurista Membro di tribunali arbitrali e la qualità giuridica del ragionamento dei *panels* è garantita dalla presenza del controllo esercitato dall'Organo d'Appello, mentre l'approccio interdisciplinare, derivante dalla composizione del *panel*, determina una più completa analisi fattuale.

(20) *Understanding On Rules And Procedures Governing The Settlement Of Disputes (Final Act, Annex 2)*. Per un'analisi approfondita del sistema si rimanda alle opere seguenti. Per gli aspetti procedurali: COCCIA, *Il sistema di soluzione delle controversie nella WTO*, in GIARDINA-TOSATO (eds.), *Diritto del commercio internazionale*, Milano, 1996, p. 89; COCUZZA-FORABOSCO, *Il sistema di soluzione delle controversie commerciali tra Stati dopo l'Uruguay Round*, in *Dir. comm. int.*, 1996, p. 139 ss.; VAN DER BOSSCHE-MARCEAU, *Le système de réglement des différends dans l'Organisation Mondiale du Commerce*, in *Rev. Marché Unique Eur.*, 1998, p. 29 ss. Per l'approfondimento anche di aspetti sistematici ed applicativi: CAMERON-CAMPBELL (eds.), *Dispute Settlement in WTO*, London, 1998; COTTIER, cit. *supra* nota 19, p. 325 ss.; LIGUSTRO, *Le controversie tra Stati...*, cit. *supra* nota 19; ID., *La soluzione delle controversie nel sistema dell'Organizzazione Mondiale del Commercio: problemi interpretativi e prassi applicativa*, in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 1003 ss.; MONTANA I MORA, cit. *supra* nota 19, p. 105 ss.; CANAL-FORGUES, *Le système de réglement des différends de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)*, in *Rev. gén. dr. int. pub.*, 1994, 3, e *La procedure d'examen en appel de l'Organisation Mondiale du Commerce*, in *Ann. fran. dr. int.*, 1996, p. 845 ss.; PETERSMANN, *The Dispute Settlement System of the World Trade Organisation and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System Since 1948*, in *Common Market L. Rev.*, 1994, p. 1157 ss.; la Tavola Rotonda intitolata *La soluzione delle controversie nell'OMC*, in SIDI (ed.), *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Napoli, 1998, p. 285. Infine per un'analisi del procedimento alla luce della giurisprudenza dell'Organo d'Appello si vedano DISTEFANO, *Soluzione delle Controversie nell'OMC e diritto internazionale*, Padova, 2001; PALMENTER-MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the World Trade Organisation. Practice and Procedure*, The Hague-London-Boston, 1999; RUIZ FABRI, *L'appel dans la réglement des différends de l'OMC: trois ans après, quinze rapports plus tard*, in *Rev. gén. dr. int. pub.*, 1999, p. 47 ss.; e VERMULST-MAVROIDIS-WAER, *The Functioning of the Appelate Body After Four Years. Towards Rule Integrity*, in *Journ. World Trade*, 1999, 2, p. 1 ss.

l'esame della controversia da parte di un gruppo di esperti (*panel*) formalmente privo di poteri decisionali, ha inciso profondamente sui difetti evidenziatisi in quest'ultimo. L'introduzione della regola del consenso negativo per le deliberazioni dell'Organo per la soluzione delle controversie (*Dispute Settlement Body*, DSB) nelle fasi cruciali del procedimento (21), l'obbligo di interpretare gli Accordi sulla base delle regole consuetudinarie di interpretazione del diritto internazionale pubblico (art. 3.2 DSU) (22) e l'istituzione di una istanza permanente d'appello con competenza sulle questioni di diritto (art. 17.6 DSU) costituiscono gli elementi più rilevanti di tale trasformazione. Grazie ad essi, accanto agli strumenti di soluzione diplomatica delle controversie che vengono mantenuti e rafforzati (art. 5 DSU), viene costruito un sistema dotato di giurisdizione obbligatoria ed esclusiva, nel quale la rilevanza di considerazioni di opportunità politica viene esclusa, limitando sensibilmente l'incidenza sulla decisione del peso politico-economico delle parti in causa. In tal modo, l'attività di soluzione delle controversie costituisce l'elemento istituzionale fondamentale per il raggiungimento dell'obiettivo di certezza e prevedibilità della norma giuridica (art. 3.1 DSU) e contribuisce in modo determinante a restituire a quest'ultima un ruolo centrale nella regolazione dei rapporti commerciali tra Stati.

Nonostante la trasformazione del sistema di soluzione delle controversie sia considerata uno dei maggiori vantaggi ottenuti

---

(21) La regola in questione, che impone l'adozione di una decisione, salvo si formi un *consensus* contrario, è prevista (*a*) per la delibera circa la costituzione di un *panel* su richiesta di un Membro (art. 6 DSU), al quale è così conferito un vero e proprio « diritto al *panel* »; (*b*) per l'adozione del rapporto finale sulla controversia (artt. 16.4 e 17.14 DSU), impedendo il blocco dell'adozione per il voto contrario della parte soccombente; e (*c*) per l'autorizzazione di misure di ritorsione (art. 22.2 DSU). Al medesimo principio di automaticità e speditezza del procedimento si ispirano le norme che consentono la definizione automatica dei termini del mandato del *panel* (art. 7 DSU) e quella autoritativa della sua composizione (art. 8.7 DSU) e della procedura applicabile (art. 2.1 DSU).

(22) Per uno studio approfondito dell'applicazione di tale regola nella giurisprudenza OMC cfr. CAMERON-GRAY, *Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body*, in *Int'l & Comp. L. Quart.*, 2001, p. 252 ss. e CANAL-FORGUES, *Sur l'interprétation dans le droit de l'OMC*, in *Rev. gén. dr. int. pub.*, 2001, 1, p. 1 ss.

dai PVS nel passaggio dal GATT 1947 all'OMC (23), essa non ha fatto venire meno la richiesta di un trattamento differenziato in materia processuale (24). In particolare due ordini di questioni restano irrisolti a livello di disciplina generale e sono affrontati, come vedremo in modo non soddisfacente, dalla disciplina speciale (25). Il primo problema è la disparità, tra PVS e paesi sviluppati, nell'accesso al sistema, causato dalle particolari difficoltà cui i PVS vanno incontro nell'affrontare controversie complesse e lunghe come quelle commerciali, date le loro limitate

(23) In questo senso TAXIL, cit. *supra* nota 14, p. 161.

(24) Tale rivendicazione trova la propria origine in una controversia promossa dall'Uruguay nel 1962 che aveva la duplice finalità di denunciare, da un lato, la vasta gamma di restrizioni cui erano soggette le esportazioni dei PVS e, dall'altro, l'inefficacia del sistema di soluzione delle controversie nel proteggere i loro diritti (si vedano sul punto HUDEC, cit. *supra* nota 3, p. 47 e CHING, *Evaluating the Effectiveness of GATT Dispute Settlement System for Developing Countries*, in *World Comp. Law Econ. Rev.*, 1992, 2, p. 103). A seguito di tale controversia i PVS hanno elaborato una serie di proposte finalizzate alla concessione di un trattamento procedurale differenziato (GATT doc. COM.TD/F/4 del 4 marzo 1966), in seguito parzialmente accolte nella *Decisione del 5 aprile 1966 sulle procedure* ex *art. XXIII (Decisione '66)*, in *BISD*, 14th *suppl.*, p. 18. Tale decisione, la cui applicazione è limitata alle controversie nelle quali un PVS sia convenuto, ha rafforzato gli strumenti negoziali di soluzione delle controversie, istituendo un sistema di consultazione speciale ed una procedura di mediazione obbligatoria del Direttore Generale, ed è intervenuto sulla fase contenziosa, riconoscendo il diritto al *panel* ed una più serrata definizione dei tempi del procedimento. La decisione è invece carente in relazione agli strumenti di esecuzione, questione che più interessa i PVS. Lungi dall'accogliere la varietà di proposte presentate dai PVS (sospensione automatica degli obblighi derivanti dall'accordo, compensazione finanziaria obbligatoria, sanzioni collettive), essa si limita a prevedere il potere delle Parti Contraenti di considerare l'adozione di « *further measures* » in aggiunta alla mera autorizzazione della sospensione di concessioni ed obblighi. L'indeterminatezza della formulazione di tale norma e le resistenze politiche a dotarla di un contenuto concreto, ne hanno determinato la caduta in disuso (per la scarsa prassi ad essa relativa si veda LIGUSTRO, *Le controversie tra Stati...*, cit. *supra* nota 19, p. 201).

(25) Oltre alle disposizioni nelle due aree « critiche », sono da segnalare: (*a*) le disposizioni che contengono elementi di flessibilità relativi alla fase di consultazione, durante la quale i Membri sono esortati a riservare una speciale attenzione ai problemi particolari dei PVS ed i cui termini possono essere estesi in via autoritativa dal Presidente del DSB (art. 12.10 DSU); (*b*) la norma già in vigore nel GATT 1947, che impone di nominare un *panelist* proveniente da un PVS nei casi che coinvolgono un PVS (art. 8.10 DSU); e (*c*) il richiamo esplicito della *Decisione '66* (art. 3.12 DSU), che si rivela essere più che altro simbolico, avendo la disciplina generale assorbito gli elementi più qualificanti in essa contenuti.

capacità finanziarie, amministrative e tecnico-giuridiche (26). Il secondo è l'inefficacia potenziale del sistema, in relazione agli strumenti per l'esecuzione coattiva delle decisioni. Per seguire un ordine logico, quest'ultima questione, sarà trattata separatamente (27). In relazione al primo profilo due disposizioni vengono in rilievo.

L'art. 12.10 DSU consente una gestione flessibile dei tempi processuali, obbligando i *panels* ad accordare ai PVS parti in causa un tempo sufficiente per preparare e presentare le proprie argomentazioni. In generale, tale disposizione ha trovato informale applicazione grazie all'elasticità dimostrata dai gruppi di esperti nel predisporre la scansione temporale del procedimento. Nella controversia *India, Quantitative Restrictions*, l'unica nella quale abbia trovato esplicita applicazione, essa ha consentito al *panel* di concedere all'India un'estensione del termine inizialmente concesso per la presentazione delle sue prime allegazioni scritte, nonostante l'opposizione del convenuto, gli Stati Uniti, e la tardività della richiesta (28).

L'art. 27.2 DSU prevede un'assistenza legale addizionale del Segretariato per i PVS che ne facciano richiesta. La portata di tale norma è limitata, sul piano quantitativo, dalla scarsità delle risorse messe a disposizione (29) e, sul piano qualitativo, dall'essere l'assistenza disponibile solo in seguito all'insorgere di una controversia e vincolata ad un obbligo di imparzialità. In tal modo, essa non può essere fornita nell'importante fase di valuta-

---

(26) Cfr. SOUTH CENTRE, *Issues Regarding the Review of the WTO Dispute Settlement Mechanism (TRADE working papers 1)*, Geneva, 1999, in *www.southcentre.org/publications/trade/dispute.pdf*, p. 23 e HOEKMAN-MAVROIDIS, *Enforcing Multilateral Commitments: Dispute Settlement and Developing Countries*, WTO/World Bank Conference on Developing Countries in a Millenium Round, in *www2.cid.harvard.edu/cidtrade/issues/hoekman.pdf*, p. 18.

(27) Vedi *infra* par. 10.

(28) *India, Quantitative Restrictions*, rapporto del *panel* (WT/DS90/R, 6 aprile 1999), par. 5.10. La richiesta dell'India era basata sull'impossibilità di rispettare il termine originariamente stabilito, a causa della natura sistematica della controversia e delle difficoltà derivanti dall'essere l'amministrazione incaricata della questione appena entrata in carica.

(29) La Divisione cooperazione tecnica e formazione, istituita presso il Segretariato, è composta di due soli funzionari a tempo pieno, integrati da due consulenti *part-time*, disponibili un giorno alla settimana ed, occasionalmente, da esperti con incarichi relativi a singole controversie.

zione sull'opportunità, nel senso delle possibilità di risultato positivo, di agire in via contenziosa (30) ed assume caratteri più ristretti rispetto ad un'assistenza legale di parte, finalizzata esclusivamente allo sfruttamento di ogni possibilità di vittoria nella controversia.

Tali limiti impongono ai Membri in via di sviluppo di avvalersi dell'assistenza legale privata e della rappresentanza in giudizio di esperti occidentali che, esclusa in un primo momento, è stata successivamente ammessa dall'Organo d'Appello (31). Ciò, se aiuta i PVS a superare le limitazioni d'accesso derivanti dall'insufficiente disponibilità di conoscenze e risorse umane, aggrava il problema dei costi del procedimento che, specie per i paesi privi di un'adeguata rappresentanza permanente presso l'Organizzazione, si rivela importante a causa della lunga durata delle controversie e dall'assenza di rimedi per coprire le spese necessarie per affrontarla. Tale problema viene completamente ignorato dalla disciplina speciale. A sua parziale correzione, un importante numero di paesi membri dell'OMC ha concluso un accordo istituente una nuova organizzazione internazionale, autonoma dall'OMC, denominata « *Advisory Centre on WTO Law* », con il mandato di fornire formazione giuridica, supporto e assistenza sul diritto e le procedure di soluzione delle controversie dell'OMC ai PVS, ed in particolare ai PMA, nonché ai paesi con economie in transizione (32).

Nonostante i limiti evidenziati, il nuovo meccanismo di so-

---

(30) Cfr. HOEKMAN-MAVROIDIS, cit. *supra* nota 26, p. 17.

(31) *Indonesia, Certain Measures Affecting the Automobile Industry (Indonesia, Automobili)*, rapporto del *panel*, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R e WT/DS64/R del 2 luglio 1998 adottato il 23 luglio 1998, parr. da 4.1 a 4.35, 14.1 e 14.2. Un primo caso di rappresentanza da parte di terzi, ma non in relazione ad una parte principale del procedimento, si era avuto nel caso *European Communities, Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC, Bananas III)* rapporto del *panel* (WT/DS27/R) del 22 maggio 1997 e rapporto dell'Organo d'Appello (WT/DS27/AB/R) del 9 settembre 1997, adottati il 25 settembre 1997, nel quale tale possibilità dopo essere stata negata dal *panel*, era stata riconosciuta a Santa Lucia dall'Organo di Appello (par. 11 e 12 del rapporto).

(32) Si veda l'accordo istitutivo alla pagina *http://www.itd.org/links/char1611.doc* e, per maggiori informazioni, la scheda preparata dal *Trade & Development Centre* alla pagina *http://www.itd.org/links/acwlintro.htm* e SPADI, *Il centro consultivo sul diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, in *Dir. Comm. Int.*, 2001, p. 767 ss.

luzione delle controversie ha dimostrato di essere uno strumento efficace nel contrastare il protrarsi di forme di protezionismo da parte dei paesi industrializzati, come risulta dall'aumento della fiducia in esso riposto dai PVS (33). Tuttavia, esso incide sulla posizione dei PVS anche sotto un diverso profilo: eliminando uno degli elementi di flessibilità che, nel GATT 1947, avevano consentito l'affermazione della disciplina speciale, influisce sui criteri di interpretazione ed applicazione delle norme speciali ed, in ultima analisi, sul loro contenuto.

L'art. 12.11 DSU contiene una disposizione che impone ai *panels* di esplicitare in quale forma essi abbiano tenuto in considerazione l'applicazione delle norme speciali invocate da un PVS nel corso del procedimento. Essa è stata restrittivamente interpretata come un mero obbligo di non ignorare tale richiesta e non ha mai generato un'analisi organica e sistematica dell'impatto della condizione di PVS di una delle parti sulla decisione concreta. Tale valutazione deve essere dunque condotta attraverso una ricostruzione delle decisioni rilevanti, cercando di rintracciare un filo conduttore che le unisca ed attuando, quando ciò sia possibile, un confronto con le soluzioni a questioni analoghe adottate nel sistema previgente. La casistica sinora prodottasi tocca varie questioni che saranno illustrate a partire da quelle a carattere procedurale, per poi passare agli aspetti di diritto materiale ed, infine, a quelli relativi alla fase di esecuzione.

4. L'analisi proposta presuppone che i *panels* e l'Organo d'Appello dichiarino ricevibili i ricorsi basati sull'applicazione e l'interpretazione della disciplina speciale. Tale circostanza è me-

---

(33) Nell'OMC si registra un deciso aumento dei ricorsi da parte dei PVS (72 reclami relativi a 61 diverse materie, pari a circa il 25% del totale delle controversie, dati aggiornati al 13 luglio 2001, tratti dal sito dell'OMC all'indirizzo *http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/stplay_e.doc*) rispetto al GATT 1947 (36 reclami, concentrati nel periodo successivo al 1977, nell'intero arco di esistenza del GATT pari a meno del 15% del totale, vedi KURUVILA, *Developing Countries and the GATT/WTO Dispute Settlement Mechanism*, in *Journ. World Trade*, 1997, 6, p. 179 ss.). Bisogna tuttavia sottolineare che altri fattori possono avere influenzato tale tendenza, come osservato da KURUVILA, *ibidem*, p. 204 e KUFUOR, *From the GATT to the WTO. The Develping Countries and the Reform of the Procedures for the Settlement of International Trade Disputes*, in *Journ. World Trade*, 1997, 5, p. 140.

no ovvia di quanto possa apparire, alla luce della prassi contraria affermatasi nell'ambito del GATT 1947, almeno nei casi in cui vi fosse la competenza concorrente di un organo a composizione politica (34).

La sottrazione allo scrutinio dei *panels* della materia delle restrizioni adottate a tutela dell'equilibrio della bilancia dei pagamenti (art. XVIII:B GATT 1947) era avvenuta in modo implicito. L'apposito Comitato, la cui attività era finalizzata più alla ricerca di soluzioni ai problemi che avevano causato l'adozione delle misure che ad una rigida verifica della sussistenza dei presupposti per la loro applicazione (35), aveva di fatto il monopolio del controllo su tali misure. Le procedure contenziose erano rimaste, infatti, pressoché inutilizzate (36).

---

(34) Tale disputa riecheggia la pretesa distinzione tra controversie politiche e controversie giuridiche diverse volte invocata, infruttuosamente, davanti alla Corte Internazionale di Giustizia. Nel parere consultivo *Legality Of The Threat Or Use Of Nuclear Weapons* la Corte ha affermato chiaramente che « *[w]hatever its political aspects, the Court cannot refuse to admit the legal character of a question which invites it to discharge an essentially judicial task, namely, an assessment of the legality of the possible conduct of States with regard to the obligations imposed upon them by international law* » (in *ICJ Rep.* (1996), par. 13). Si vedano anche i precedenti pareri ivi citati e le decisioni sui casi *Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)* (Merits), Judgment, *ivi* (1986), parr. 32-35 e *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States v. Iran)* (Merits), Judgement, *ivi* (1980), parr. 33-37. Analogamente si veda la decisione della Camera d'Appello del Tribunale Penale Internazionale per la *ex*-Yugoslavia nel caso *Prosecutor v. Tadit, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, del 2 Ottobre 1995, parr. 23-25 (reperibile sul sito del *Tribunal http://www.un.org/icty/ind-e.htm*). Per una discussione sulla giustiziabilità delle controversie internazionali a carattere politico in un foro interno si veda *Kadić v. Karadzić. 70 F.3d 232, cert. denied, 64 U.S.L.W. 3832 (18 giugno 1996), U.S. Court of Appeals, 2d Cir., 13 ottobre 1995*, par. 25.

(35) Le procedure di consultazioni semplificate per i PVS si trovano in *BISD*, 18th *suppl.*, p. 48 ss. Per un'analisi della prassi e del ruolo del Comitato sulle restrizioni per motivi di bilancia dei pagamenti cfr. *Consultations held in the Committee on Balance-of-Payments Restrictions under Articles XII and XVIII:B since 1975*, Note by the Secretariat, MTN.GNG/NG7/W/46, 24 giugno 1988; LIGUSTRO, *Le controversie tra Stati...*, cit. *supra* nota 19, p. 376; WHALLEY, *Special and Differential Treatment in the Millennium Round*, in *CSGR Working Paper*, N° 30/99, 1999, in *www.warwick.ac.uk/fac/soc/CSGR/wpapers/wp3099.pdf*, p. 40.

(36) Fino al 1989 si sono registrati solo 3 casi, due degli anni '50 ed uno del 1987, che si sono risolti in via amichevole o non, nei quali non vi è stata una pronuncia sulla conformità delle misure agli accordi (si veda *India, Quantitative*

In materia di integrazioni economiche (art. XXIV GATT 1947) (37), il rifiuto del *panel* a pronunciarsi è invece stato esplicito, sia in relazione alla legittimità dell'integrazione regionale, sia sulla possibilità di fornire una giustificazione ad eventuali violazioni sulla base della Parte IV, in virtù della natura politica di tali questioni (38).

La problematica è stata riproposta, sempre nei due ambiti citati, in due controversie promosse in seno all'OMC (39). In esse si chiede il riconoscimento dell'esistenza nell'OMC di un principio di *institutional balance* che imporrebbe un doppio livello di controllo sulle misure in questione, in quanto « *WTO Members have agreed on a number of provisions that assign the task of determining the legal status of politically delicate issues not to panels but to specialized bodies acting under particular procedures* » (40). Tali organi a composizione politica (41) avrebbe-

---

Restrictions, rapporto del *panel*, cit. *supra* nota 28, parr. 5.37 e 5.38). Solo nel 1989, in pieno svolgimento dei negoziati dell'*Uruguay Round*, una controversia sulla questione è stata sottoposta ad un *panel* che ha affermato la propria competenza ed ha condannato l'adozione delle misure (*Republic of Korea, Restrictions on Imports of Beef*, rapporto del *panel* (L/6503, adottato il 7 novembre 1989), in *BISD*, 36th *suppl.*, p. 268 ss., disponibile in formato elettronico all'indirizzo *http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/88beefus.wpf*). In questo caso però era già stato il Comitato a raggiungere un consenso circa l'illegittimità delle misure adottate.

(37) La materia rileva ai fini del nostro discorso in quanto l'art. XXIV è stato spesso utilizzato, dalle Comunità Europee in particolare, come strumento atipico per la concessione di preferenze speciali ai PVS. Su tale pratica si veda estensivamente IMHOOF, *Le GATT et les zones de libre échange*, Gèneve, 1979.

(38) La controversia, promossa dagli Stati Uniti, si è conclusa con un rapporto non adottato dalle Parti Contraenti (*European Community, Tariff Treatment on Imports of Citrus Fruit from Certain Countries of the Mediterranean Region* (L/5776, del 7 febbraio 1985) che riconosceva l'esistenza di *nullification or impairment*. Per un commento cfr. LIGUSTRO, *Le controversie tra Stati...*, cit. *supra* nota 19, p. 404 e SPRINKLE, *EEC Mediterranean Policy and US Trade in Citrus*, in *Journ. World Trade L.*, 1981, p. 431.

(39) I due casi sono i seguenti: *India, Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products (India, Quantitative Restrictions)* rapporto del *panel* (WT/DS90/R del 6 aprile 1999) e rapporto dell'Organo d'Appello (WT/DS90/AB/R del 23 agosto 1999) adottati il 22 settembre 1999; *Turkey, Restrictions on Textile and Clothing Products (Turkey, Textiles)*, rapporto del *panel* (WT/DS/34/R del 31 maggio 1999) e rapporto dell'Organo d'Appello (WT/DS34/AB/R del 22 ottobre 1999) adottati il 3 novembre 1999.

(40) *India, Quantitative Restrictions*, rapporto del *panel*, par. 5.86.

(41) Rispettivamente il *Committee on Regional Trade Agreements* ed il *Committee on Balance-of-Payments Restrictions*.

ro il compito di valutare in via generale la sussistenza dei requisiti di validità del ricorso alle eccezioni invocate, mentre agli organi per la soluzione delle controversie residuerebbe la competenza circa le questioni derivanti dall'applicazione di singole misure adottate in concreto.

Tale interpretazione viene decisamente rigettata dal *panel* nel caso *India, Quantitative Restrictions*, le cui conclusioni sul punto sono pienamente confermate dall'Organo d'Appello che le richiamerà, in un *obiter dictum* nel rapporto sul caso *Turkey, Textiles*, consentendo di estenderle anche alla definizione della ricevibilità di ricorsi basati sull'art. XXIV GATT 1994 (42). Il *panel* afferma che l'istituzione di un quadro integrato per la soluzione delle controversie, con competenza generale sugli accordi del « pacchetto unico » di obblighi e rafforzato da meccanismi di automaticità e da procedure dettagliate, costituisce uno dei risultati più importanti raggiunti dall'*Uruguay Round* al fine di assicurare certezza e prevedibilità al sistema. Nell'Atto Finale dunque,

« *[i]t has clearly been intended that this mechanism be very widely available for the preservation of the rights and obligations of Members under the WTO Agreement, subject only to special or additional rules and procedures which are specifically listed* » (43).

Di conseguenza,

« *it would be inconsistent with the object and purpose of the WTO Agreement to interpret the relevant provisions as precluding panels from reviewing*

---

(42) Il riconoscimento implicito di una analogia tra le due fattispecie ne consente una trattazione unitaria, che inizialmente sembrava esclusa. Infatti, non solo i precedenti in materia di integrazioni economiche erano stati giudicati irrilevanti dal *panel* nella controversia *India, Quantitative Restrictions*, ma il *panel* del caso *Turkey, Textiles* aveva affermato che « *it is arguable that a customs union (or a free-trade area) as a whole would logically not be a "measure" as such, subject to challenge under the DS* » (*Turkey, Textiles*, rapporto del *panel*, par. 9.53). Immediatamente dopo aveva, però, invocato il principio di *judicial economy* per evitare una pronuncia definitiva sul punto. Tale attitudine possibilista era stata evocata a proprio favore dall'India nell'appello nel caso *Quantitative Restrictions*. Per dare omogeneità alle pronunce relative alle due controversie l'Organo d'Appello, a proposito della questione di ammissibilità, si premura di sottolineare che « *[w]e are not called upon in this appeal to address this issue, but we note in this respect our ruling in* India - Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products *on the jurisdiction of panels to review the justification of balance-of-payments restrictions under Article XVIII:B of the GATT 1994* » (nota omessa) (*Turkey, Textiles*, rapporto dell'Organo d'Appello, par. 60).

(43) *India, Quantitative Restrictions*, rapporto del *panel*, par. 5.100.

the justification of measures taken for balance-of-payments purposes in the absence of a clear textual basis to this effect » (44).

Il dato testuale sul quale l'India pretende di fondare la propria posizione (45) non solo non nega, ma rafforza, la conclusione che il *panel* può esercitare la propria giurisdizione sulle misure in questione (46).

Il problema della ricevibilità di questioni riguardanti la liceità di misure adottate a titolo di trattamento differenziato, per la loro pretesa natura politica, si è riproposto in relazione alla tecnica normativa utilizzata nella formulazione di talune disposizioni. Nel caso *Brazil, Aircraft* (47) il *panel* si è trovato ad applicare una disposizione che pone le necessità di sviluppo del paese che abbia istituito sovvenzioni alle esportazioni come parametro

---

(44) *Ibidem*, par. 5.101.

(45) Il principale elemento normativo sul quale l'India fonda tale ricostruzione è costituito dalla seconda frase della nota 1 dell'*Understanding on Balance-of-Payments Provisions of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (Final Act, Annex 1A)* la quale stabilisce che « *[t]he provisions of Articles XXII and XXIII of GATT 1994 as elaborated and applied by the Dispute Settlement Understanding may be invoked with respect to any matters arising from the* application *of restrictive import measures taken for balance-of-payments purposes* » (tondo aggiunto). L'utilizzo del termine *application* per definire la competenza dei *panel* comporta, secondo un'argomentazione *a contrario* proposta dall'India, l'esclusione della competenza a pronunciarsi sulla *justification* delle misure ed impedisce, quindi, la verifica della sussistenza dei loro presupposti (*India, Quantitative Restrictions*, rapporto del *panel*, par. 5.56).

Una disposizione analoga è contenuta nell'*Understanding on the Interpretation of Article XXIV of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (Final Act, Annex 1A),* il cui par. 12 afferma che « *[t]he provisions of Articles XXII and XXIII of GATT 1994 as elaborated and applied by the Dispute Settlement Undertanding may be invoked with respect to any matters arising from the* application *of those provisions of Article XXIV relating to custom unions, free-trade areas or interim agreements leading to the formation of a custom union or free-trade area* » (tondo aggiunto).

(46) *India, Quantitative Restrictions*, rapporto dell'Organo d'Appello, par. 95. Secondo il *panel* e l'Organo d'Appello l'utilizzo dell'espressione *application* « *reflects the traditional GATT doctrine that, with the exception of mandatory rules, only measures that are effectively applied can be the subject of dispute settlement proceedings* » (*ibidem*, par. 93).

(47) *Brazil, Export Financing Programme for Aircraft (Brazil, Aircraft)*, rapporto del *panel* (WT/DS46/R del 14 aprile 1999) e rapporto dell'Organo d'Appello (WT/DS46/AB/R del 2 agosto 1999) adottati il 20 agosto 1999.

di legittimità del loro mantenimento (48). È singolare che il *panel*, pur non nascondendo il proprio disagio nell'affrontare

« *an inquiry of a peculiarly economic and political nature, and notably ill-suited to review by a panel whose function is fundamentally legal* » (49)

e pur non essendo stato sollecitato dalle parti, le cui differenti vedute sulla questione concernevano esclusivamente la distribuzione dell'onere della prova, si senta in dovere di esplicitare il proprio ruolo affermando che:

« *as written this clause is mandatory, and a conclusion that this clause was not susceptible of application by a panel would be inconsistent with the principle of effective treaty interpretation* » (50).

Dai casi presi in esame emerge dunque con chiarezza un'importante rottura rispetto alla tradizione del GATT 1947. L'assoggettamento allo scrutinio dei *panels* delle controversie sull'applicazione del trattamento speciale e differenziato per i PVS, riflesso della funzione e della natura del sistema di soluzione delle controversie OMC, determina il passaggio da un sistema di controllo di opportunità ad uno di più stretta legittimità.

5. Risolta nei termini esposti la questione della giurisdizione dei *panels*, il secondo problema che si pone è quello della distribuzione dell'onere della prova nell'applicazione della disciplina speciale. Premesso che, data la natura non organica del trattamento differenziato nell'OMC, non è possibile fornire una soluzione a portata generale, l'analisi della prassi consente di estrapolare alcuni principi largamente applicabili.

L'Organo d'Appello ha enunciato talune regole generali in materia (51), facendole derivare tanto dalla pratica della Corte Internazionale di Giustizia quanto dai principi di diritto proces-

---

(48) La disposizione in questione, detta *roll-back clause*, contenuta nell'art. 27.4 dell'*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (Final Act, Annex 1A)*, obbliga il PVS che applichi misure di sostegno alle esportazioni in virtù della deroga temporanea contenuta nell'art. 27.2(b) a rimuoverle « *within a period shorter then that provided for in this paragraph when the use of such export subsidies is inconsistent with its development needs* ».

(49) *Brazil, Aircraft*, rapporto del *panel*, par. 7.89.

(50) *Ibidem*.

(51) *EC, Measures Concerning Meat and Meat Products (Ec, Hormones)*,

suale consolidati sia nei sistemi di *civil law* che in quelli di *common law*. Nel rapporto *US, Indian Shirts* viene affermato che:

« *the burden of proof rests upon the party, whether complaining or defending, who asserts the affirmative of a particular claim or defence. If that party adduces evidence sufficient to raise a presumption that what is claimed is true, the burden then shifts to the other party, who will fail unless it adduces sufficient evidence to rebut the presumption* » (52).

Una volta addotta la prova della violazione, il convenuto potrà, dunque, rovesciarla fornendo la prova contraria, ma anche invocando un'eccezione.

Le disposizioni destinate ai PVS, se si escludono le clausole esortative e gli obblighi di assistenza tecnica, costituiscono per loro natura eccezioni, per quanto temporanee e condizionate, ad obblighi generali. Questo non comporta automaticamente, per il PVS che le invoca, l'onere di provarne l'applicabilità; come affermato dall'Organo d'Appello nel caso *EC, Hormones*:

« *[t]he general rule in a dispute settlement proceeding requiring a complaining party to establish a* prima facie *case of inconsistency (...) is not avoided by simply describing that provision as an ''exception''* » (53).

Il problema è, dunque, la qualificazione della relazione giuridica esistente tra la norma derogatoria ed il preteso principio generale (54). L'Organo d'Appello ha infatti distinto due categorie di norme eccezionali. Una prima categoria, il cui esempio tipico è fornito dall'art. XX GATT 1994, è costituita da norme

---

rapporto dell'Organo d'Appello (WT/DS26/AB/R, adottato il 13 febbraio 1998), par. 98.

(52) *United States, Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India (US, Indian Shirts)*, rapporto dell'Organo d'Appello (WT/DS33/AB/R, adottato il 23 maggio 1997), p. 17.

(53) *EC, Hormones*, rapporto dell'Organo d'Appello, par. 104.

(54) Non sembra invece sufficiente, per addossare al convenuto l'onere della prova, che l'attore si astenga dall'invocare il mancato rispetto delle condizioni di applicazione dell'eccezione, limitandosi a lamentare la violazione della norma generale (cfr. VERMULST-MAVROIDIS-WAER, cit. *supra* nota 20, p. 11). Tale interpretazione infatti vanificherebbe la regola affermata dall'Organo d'Appello nel caso *EC, Hormones*, nonché tutta la costruzione successiva che ci apprestiamo ad esaminare e, quindi, l'apporto che, come sottolineato da RUIZ FABRI (cit. *supra* nota 20, p. 69), le regole sulla distribuzione dell'onere della prova forniscono alla dinamica di giurisdizionalizzazione del sistema.

che, configurandosi come « *limited exceptions under certain other provisions of GATT 1994* », comportano una « *affirmative defence* » e pongono l'onere della prova a carico della parte che le invoca. La seconda categoria raggruppa quelle disposizioni che contengono « *positive rules establishing obligations in themselves* » e che dunque devono essere oggetto diretto del ricorso e comportano, per chi ne lamenta la violazione, l'onere di provarla (55).

L'Organo d'Appello ha fatto rientrare in quest'ultima categoria le disposizioni sul trattamento differenziato dei PVS. Nella controversia *Brazil, Aircraft*, avente ad oggetto l'applicazione dell'eccezione temporanea e condizionata (art. 27 dell'*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* (SCM) (56)) al divieto generale di sovvenzionare le esportazioni (art. 3 SCM) (57), è stato affermato che:

« *[o]n reading paragraphs 2(b) and 4 of Article 27 together, it is clear that the conditions set forth in paragraph 4 are* positive obligations *for developing country Members,* not *affirmative defences* » (58).

Di conseguenza,

« *the burden is on the complaining party (...) to demonstrate that the developing country Member (...) is not in compliance with at least one of the elements set forth in Article 27.4* » (59).

L'approccio del caso *Brazil, Aircraft* nella distribuzione dell'onere della prova è stato in linea di massima confermato nelle controversie successive (60), fatta eccezione per lievi scostamenti determinati dalla formulazione di singole disposizioni (61). Ciò

---

(55) *US, Indian Shirts*, rapporto dell'Organo d'Appello, p. 19.

(56) *Final Act, Annex 1A*.

(57) Il contenuto delle norma in questione è specificato *infra*, note 73 e 74.

(58) *Brazil, Aircraft*, rapporto dell'Organo d'Appello, par. 140 (tondo in originale).

(59) *Ibidem*, par. 141.

(60) Si vedano i casi *India, Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products (India, Patent Protection)* rapporti del *panel* (WT/DS50/R del 5 settembre 1997) e dell'Organo d'Appello (WT/DS50/AB/R del 19 dicembre 1997) adottati il 22 settembre 1999 e *India, Quantitative Restrictions*, rapporti del *panel*, par. 5.116 ss. e dell'Organo d'Appello, par. 131 ss.

(61) La prima ipotesi è quella, cui abbiamo accennato, di applicazione della clausola che prevede, in materia di sovvenzioni all'esportazione, la cessazione di

conferma che la regola enunciata, per quanto favorevole ai PVS, è frutto dell'applicazione dei criteri ordinari di distribuzione della prova.

6. Esaurita la trattazione delle questioni a carattere processuale, passiamo ad esaminare come siano state interpretate le disposizioni speciali materiali.

Nel primo caso che esaminiamo, il già citato *India, Quantitative Restrictions* (62), emerge chiaramente l'impatto della trasformazione costituzionale del sistema sul trattamento dei PVS. La disciplina delle restrizioni quantitative adottate a tutela dell'equilibrio della bilancia dei pagamenti è infatti rimasta sostanzialmente invariata nel passaggio dal GATT 1947 all'OMC, essendo esclusivamente oggetto di un'intesa di natura interpretativa (63). La riduzione della portata dell'eccezione che, come stia-

---

tali pratiche quando non corrispondano più alle necessità di sviluppo del paese che le istituisce (cfr. *supra* par. 4). Il *panel* afferma di dovere concedere, per tale valutazione, « *substantial deference to the views of the developing country Memeber* », in quanto « *best positioned to identify its development needs and to asses wether its export subsidies are consistent with those needs* » (*Brazil, Aircraft*, rapporto del *panel*, par. 7.89).

In senso contrario viene invece distribuito l'onere della prova in relazione alla previsione secondo la quale la contestazione della necessarietà delle misure adottate da un PVS a tutela dell'equilibrio della propria bilancia dei pagamenti non può essere basata « *on the ground that a change in its development policy would render unnecessary the restrictions* » (art. XVIII:11 GATT 1994). L'India sostiene che la *ratio* dell'art. XVIII impone di riconoscere in via presuntiva che la rimozione delle restrizioni causerebbe un deterioramento della bilancia dei pagamenti per il PVS che le applica e che, di conseguenza, l'onere di provare che il loro mantenimento sia inutile o dannoso grava sulla controparte (*India, Quantitative Restrictions*, rapporto del *panel*, par. 5.152). Secondo l'Organo d'Appello, che applica le regole ordinarie, tale disposizione « *places an obligation on Members not to require a developing country Member imposing balance-of-payments restrictions to change its development policy* » (*India, Quantitative Restrictions*, rapporto dell'Organo d'Appello, par. 134) e quindi spetta al PVS convenuto, una volta provata dall'attore una violazione *prima facie* del requisito di necessarietà, « *to demonstrate that the complaining party violated its obligation not to require the responding party to change its development policy. This is an assertion with respect to which the responding party must bear the burden of proof* » (*ibidem*, par. 136).

(62) Si veda *supra* nota 28.

(63) Nonostante le proposte, avanzate dagli Stati Uniti, di un radicale smantellamento della disciplina, le disposizioni in materia di misure di protezione

mo per vedere, si registra nell'OMC è, dunque, imputabile essenzialmente all'osservata estensione della giurisdizione dei *panels*.

Nell'affrontare l'interpretazione delle disposizioni contenute nell'art. XVIII:B GATT 1994 il *panel* premette che il loro scopo

« *is to allow developing countries to deviate* temporarily *from the provisions of the GATT by adopting,* under certain specified conditions, *import restrictions to safeguard their external position and ensure a level of reserves adequate for the implementation of their programme of economic development* » (64)

e che tali condizioni

« *are clearly distinct from the conditions applicable to developed countries under Article XII of GATT 1994* » (65).

L'accento posto sulla eccezionalità della disciplina e sull'esistenza di elementi di differenziazione, in realtà piuttosto marginali (66), rispetto alle corrispondenti disposizioni applicabili alla

---

adottate da PVS per ragioni di bilancia dei pagamenti, costituite dagli artt. XII e XVIII:B del GATT 1994 e dalla *Declaration on Trade Measures Taken for Balance-of-Payment Purposes* del 1979 (in *BISD*, 26th suppl., p. 205), non sono state emendate. Esse sono però oggetto della già citata Intesa interpretativa, vincolante per tutti i membri, annessa al GATT 1994. Come specificato nel preambolo e nella nota annessa all'Intesa, essa ha la finalità di chiarire tali disposizioni e non può essere interpretata nel senso di modificare i diritti e gli obblighi da esse derivanti (vedi *supra* nota 45).

(64) *India, Quantitative Restrictions*, rapporto del *panel*, par. 5.102, (tondo aggiunto).

(65) *Ibidem*, par. 5.155. L'articolo in questione prevede due ipotesi che giustificano il ricorso alle misure: (*a*) l'esigenza di reagire ad un'importante riduzione, sia essa in atto o sia minacciata nell'immediato, delle riserve monetarie; (*b*) l'esigenza di ricostituire tali riserve, secondo un tasso di crescita ragionevole, qualora siano molto basse. L'applicazione delle misure è soggetta ad un rigido principio di necessarietà che comporta la loro progressiva riduzione in funzione del venir meno delle esigenze che ne avevano determinato l'adozione.

(66) Le differenze sono tre: (*a*) l'art. XVIII.9 non richiede che la minaccia di riduzione delle riserve monetarie sia immediata e si accontenta che le riserve monetarie da ricostituire siano insufficienti e non molto basse, rendendo lievemente più flessibili le condizioni di applicazione delle misure; (*b*) la Nota all'art. XVIII.11 stabilisce che un membro non deve attenuare o rimuovere le restrizioni « *if such relaxation or removal would* thereupon *produce conditions justifying the intensification or institution, respectively, of restrictions under paragraph 9 of Article*

generalità dei membri OMC, può essere letto come un tentativo di minimizzare il ruolo dell'attività interpretativa nell'assicurare flessibilità alla disciplina per i PVS.

Tale impressione trova immediata conferma. Nel valutare la sussistenza delle condizioni poste dall'art. XVIII.9 GATT 1994 per l'introduzione ed il mantenimento delle restrizioni, il *panel* dimostra una deferenza totale alle conclusioni, basate su criteri prettamente monetari, del Fondo Monetario Internazionale (67). Per usare le parole dell'India, la « dimensione dello sviluppo », ossia le peculiari necessità di un'economia in via di sviluppo, che i redattori dell'art. XVIII:B avevano inteso affiancare alla situazione monetaria come criterio di valutazione della legittimità delle misure, viene completamente ignorata (68).

In aggiunta, gli elementi normativi che dovrebbero assicurare una speciale flessibilità alla disciplina per i PVS subiscono un'interpretazione restrittiva. In particolare, viene ridotto il si-

---

XVIII » (tondo aggiunto), attenuando il principio di necessarietà; (*c*) la clausola di sovranità già esposta in precedenza (*supra* nota 61).

(67) L'India ha contestato la possibilità di utilizzare nel procedimento i pareri del FMI, in quanto il riferimento dell'art. XV.2 del GATT 1994 alle consultazioni con il FMI riguarderebbe esclusivamente la fase di consultazione innanzi al Comitato ed in quanto essa costituirebbe una delega del potere, proprio del *panel*, di operare una « valutazione oggettiva ». Il *panel*, individuando nel potere di chiedere informazioni *ex* art. 13.2 DSU la base giuridica che consente di utilizzare le osservazioni del FMI, sottolinea come la loro efficacia sia di contribuire alla valutazione oggettiva della controversia, non di determinarla (*India, Quantitative Restrictions*, rapporto del *panel*, par. 5.11 ss.). L'appello dell'India sul punto viene respinto sulla base della « considerazione critica » che il *panel* ha riservato alle informazioni ricevute dal FMI (*India, Quantitative Restrictions*, rapporto dell'Organo d'Appello, par. 149).

(68) Si veda il documento *Concerns Regarding Implementation of Provisions Relating to Differential and More Favourable Treatment of Developing and Least-Developed Countries in Various WTO Agreements*, comunicazione dell'India (WT/GC/W/108 del 13 novembre 1998), par. 11, p. 3. In seguito alla decisione esaminata l'India ha avanzato la proposta di demandare al Comitato sulla bilancia dei pagamenti l'esame delle questioni emerse nella controversia (competenza del comitato e dei *panels*, revisione dei criteri di valutazione dell'adeguatezza delle riserve e della legittimità delle misure restrittive e portata ed applicabilità della clausola dell'art. XVIII.11 e della Nota all'art. XVIII:11) con l'obbligo di fare rapporto al Consiglio Generale entro un termine prestabilito, cfr. *Proposal regarding the Balance-of-payments Provisions of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 in Terms of Paragraph 9(a)(i) of Geneva Ministerial Declaration*, comunicazione dell'India (WT/GC/W/364 del 12 ottobre 1999), par 6.

gnificato dell'attenuazione del principio di necessità, contenuta nella nota all'art. XVIII.11 (69). Questa consente il mantenimento delle misure quando le condizioni poste dall'art. XVIII.9 non sussistano più, ma rischino di ripresentarsi in seguito (*thereupon*) alla rimozione delle restrizioni. Il temine *thereupon*, che qualifica la relazione tra la rimozione delle misure e gli effetti negativi da essa derivanti, viene interpretato come istituente non un semplice nesso di causalità, ma un'ulteriore condizione di immediatezza temporale della loro produzione (70).

In sintesi, pur trattandosi di un caso che coinvolge quella che l'India qualifica « *the most important expression of the principle of special and differential treatment in the GATT* » (71), tale circostanza non ha alcuna influenza nella concreta formulazione del giudizio. Questo approccio annulla in pratica ogni distinzione tra la disciplina speciale e quella generale in materia e riduce le possibilità per i PVS di utilizzare le politiche commerciali al fine di adottare politiche di stabilità monetaria a lungo termine.

7. Le eccezioni contenute nell'art. XVIII, per il loro carattere strutturale, costituiscono ormai una rarità nel sistema normativo OMC. Come accennato in precedenza, il contenuto tipico della disciplina speciale è costituito da regimi transitori la cui applicazione è stata al centro di diverse pronunce.

Un primo caso, il già citato *Brazil, Aircraft* (72), ha avuto come oggetto la disciplina speciale in materia di sovvenzioni all'esportazione. La trasformazione dell'esenzione permanente dal divieto di tali pratiche in una deroga temporanea (73) e condi-

(69) V., *supra*, nota 66.

(70) *India, Quantitative Restrictions*, rapporto del *panel*, par. 5.192 ss.

(71) *Ibidem*, rapporto del *panel*, par. 5.152.

(72) Vedi *supra* nota 47.

(73) La durata del periodo di transizione, al quale hanno notificato di aver fatto ricorso cinque paesi, è di 8 anni e può essere estesa in seguito ad autorizzazione del *Committe for Subsidies and Countervailing Measures*. Questa può essere concessa, su richiesta del paese interessato, quando risulti giustificata alla luce dei rilevanti bisogni finanziari, commerciali e di sviluppo del paese in questione e sarà soggetta a revisione nel corso di consultazioni obbligatorie su base annuale. Se invece l'autorizzazione viene negata è concesso, di diritto, un termine biennale per l'eliminazione delle misure residuali (art. 27.4).

zionata (74), può essere indicato come il più importante arretramento esplicito della disciplina speciale per i PVS operato dagli Accordi dell'*Uruguay Round*. L'interpretazione fornita dal *panel* nel caso in questione ne restringe ulteriormente la portata.

Una delle condizioni previste per il mantenimento di tali misure (clausola di *stand-still*) impone di non incrementarne la quantità rispetto ad un livello iniziale. Questo viene individuato dal *panel* come l'insieme delle sovvenzioni alle esportazioni (*a*) effettivamente concesse dal PVS in questione (75) e (*b*) nel 1994, in quanto anno immediatamente precedente l'entrata in vigore dell'Accordo, sulla base di una rigida interpretazione del dato testuale (76). Non sono così accolte le richieste del Brasile che, per disporre di maggiori margini di azione, chiedeva: (*a*) di utilizzare come termine di paragone il livello potenziale di sovvenzione, cioè i fondi stanziati a bilancio per i programmi di sovvenzioni alle esportazioni indipendentemente dal loro effettivo utilizzo, in quanto unico dato determinabile a priori dal Governo, e (*b*) di considerare una media ponderata riferita ad un

---

(74) Le tre condizioni, elencate dall'art. 27.4, sono che: (*a*) le sovvenzioni all'esportazione esistenti siano eliminate (*phased-out*), preferibilmente in maniera progressiva, entro la scadenza del periodo transitorio; (*b*) il loro livello non venga innalzato (clausola di *stand still*); (*c*) esse siano eliminate entro un termine più breve quando il ricorso ad esse non sia conforme ai bisogni di sviluppo del paese in questione. Quest'ultimo obbligo, che incorpora una nozione di necessarietà delle misure, è completato dalla previsione di un termine biennale (otto anni per i paesi indicati nell'Annesso VII) per l'eliminazione delle misure riguardanti singoli prodotti che, nel corso del periodo di transizione, raggiungano un certo livello di competitività (art. 27.5) determinato alla stregua dell'art. 26.7. Tale situazione può essere notificata spontaneamente dal paese interessato ovvero verificata dal Segretariato su richiesta di qualsiasi membro.

(75) Calcolato in dollari costanti, tenuto conto dell'inflazione (*Brasile, Aerei*, rapporto del *panel*, par. 7.74, completamente confermato dall'Organo d'Appello nel suo rapporto, par. 164).

(76) L'elemento testuale sul quale si basa l'interpretazione del *panel*, è costituito dalla nota 55 all'Accordo SCM. Essa prevede che « *[f]or a developing country Member not granting export subsidies as of the date of entry into force of the WTO Agreement, this paragraph shall apply on the basis of the level of export subsidies granted in 1986* ». Essendo un anno solare il riferimento esplicitato dalla nota, lo stesso può dirsi per la disciplina generale. Costituendo la nota in questione un'attenuazione, se non una deroga, del principio di *stand-still*, appare incongruo utilizzarne il dato letterale per irrigidire l'interpretazione del principio medesimo.

triennio, circostanza che « *would help reduce the distortion of the impact of a single year on the volatile economies of developing country Members* » (77).

Ancora una volta l'appartenenza di una norma al trattamento speciale per i PVS non viene considerata un elemento che possa giustificare il ricorso a criteri di interpretazione più flessibili che tengano conto in particolare della specificità della struttura e delle necessità delle economie in via di sviluppo.

La medesima impostazione è sviluppata, in modo ancora più organico, nella controversia che ha opposto l'India e gli Stati Uniti sulla questione della protezione dei diritti di proprietà intellettuale relativi ai prodotti farmaceutici ed ai prodotti chimici per l'agricoltura (78). Per tali prodotti, e limitatamente a quei PVS che non ne consentissero la brevettabilità al momento dell'entrata in vigore dell'Accordo, l'art. 66.4 dell'*Agreement on Trade-Related Intellectual Property* (TRIPs) prevede un'estensione quinquennale del periodo transitorio già concesso a tutti i PVS per l'applicazione dell'Accordo TRIPs nel suo complesso (79). Questa previsione, apparentemente favorevole, è limitata da due disposizioni, contenute nell'art. 70 TRIPs, che impongono obblighi aggiuntivi da attuarsi durante il periodo transitorio (80) e sulla cui portata verte il caso in questione (81).

Secondo l'India, lo scopo basilare del regime transitorio

---

(77) *Brazil, Aircraft*, rapporto del *panel*, par. 7.64.

(78) *India, Patent Protection*, cit., *supra* nota 60.

(79) L'Accordo TRIPs dispone che il rispetto degli obblighi derivanti dall'accordo non potrà essere richiesto, ad un PVS, nei primi cinque anni dalla sua entrata in vigore (art. 65.2) e, ad un PMA, nei primi undici (con possibilità di estensione mediante delibera del Consiglio per i TRIPS, su richiesta adeguatamente motivata) (art. 66.1), mentre il periodo transitorio è di un anno per gli altri paesi (art. 65.1), eccetto per i paesi in transizione che usufruiscono del medesimo termine accordato ai PVS (art. 65.3). Tale esenzione incontra due limiti a carattere generale. In primo luogo, non si applica agli obblighi di trattamento nazionale e della nazione più favorita, che devono trovare quindi applicazione immediata, fatto salvo un differimento annuale per i soli PMA. In secondo luogo, è prevista una clausola di *stand-still*, che impedisce di adottare, anche durante il periodo transitorio, leggi e regolamentazioni più restrittive di quelle già in vigore (art. 65.5).

(80) L'art. 70.8 prevede che sia istituito, con decorrenza dal 1° gennaio 1995, un sistema di *mailbox*, cioè, nell'interpretazione dell'Organo d'Appello, « *a means by which applications for patents for such inventions can be filed* » (lett. (*a*)). Tale sistema, come si evince dalle lett. (*b*) e (*c*) dello stesso articolo, « *must allow the filing of applications for patents for pharmaceutical and agricultural chemical*

consiste nel differire nel tempo non solo gli effetti dell'accordo, ma anche le incombenze legislative ed amministrative che ad esso afferiscono (82). Di conseguenza, determinerebbe un'aspettativa « *to be free from the need to make* any *legislative change* » nei primi cinque anni dell'Accordo TRIPs. Gli artt. 70.8 e 70.9 TRIPs, che disciplinano « *the most sensitive area* » (83) per i TRIPs, costituiscono « *part of the transitional arrangements for developing countries and its object and purpose could therefore*

---

products from 1 January 1995 and preserve the dates of filing and priority of those applications, so that the criteria for patentability may be applied as of those dates, and so that the patent protection eventually granted is dated back to the filing date » (*India, Patent Protection*, rapporto dell'Organo d'Appello, par. 56).

L'art. 70.9 prevede che, rispetto alle richieste archiviate a norma dall'art. 70.8(a) e qualora ricorrano talune condizioni, il Membro beneficiario del periodo di transizione, debba concedere « *exclusive marketing rights* » per la durata di 5 anni o per il tempo, più breve, intercorrente tra la richiesta di brevetto e l'accoglimento (o il rigetto) della stessa secondo criteri conformi all'Accordo. Le condizioni sono: (*a*) archiviazione di una richiesta di brevetto in un altro Membro OMC inoltrata dopo il 1 gennaio 1995; (*b*) concessione del brevetto in tale Membro; (*c*) approvazione della commercializzazione in tale Membro; (*d*) approvazione della commercializzazione nel Paese beneficiario del regime transitorio.

(81) La controversia nasce a causa della mancata approvazione in via definitiva da parte del parlamento indiano di due atti legislativi che avrebbero reso la legislazione indiana in materia conforme agli obblighi derivanti dagli artt. 70.8 e 70.9 dell'Accordo TRIPs. In seguito a tali fatti, la legge indiana non prevede né un sistema di *mailbox*, anzi prevede espressamente un procedimento per il rigetto delle richieste vertenti su prodotti non brevettabili (quali quelli in questione), né un sistema che assicuri la concessione di diritti di commercializzazione esclusiva.

L'India afferma che, pur in assenza di una disciplina legislativa, una consolidata prassi amministrativa di disapplicazione di talune disposizioni legislative, consente l'archiviazione delle richieste di brevetto in conformità con la lettera e gli obiettivi dell'art. 70.8. Tale prassi è confermata, sotto il profilo formale, da una comunicazione del Governo al Parlamento e, sotto il profilo sostanziale, dalle numerose richieste effettivamente inoltrate ed archiviate.

(82) *India, Patent Protection*, rapporto del *panel*, parr. 4.9 e 4.27.

(83) *India, Patent Protection*, rapporto del *panel*, par. 4.9. La delicatezza della questione dei prodotti farmaceutici e dei prodotti chimici per l'agricoltura deriva dall'esistenza in molti PVS di un'industria farmaceutica c.d. generica, che produce medicinali a basso costo senza possedere i corrispondenti brevetti. L'effetto dell'applicazione dell'accordo sui prodotti in questione in Argentina, per esempio, è stato stimato in un aumento di prezzo del 273%, cfr. TANKOANO, *L'Accord ADPIC*, in *Dr. prat. comm. int.*, 1994, p. 453. D'altro canto, l'uso di prodotti chimici per l'agricoltura può incidere sensibilmente sulla sicurezza alimentare dei PVS.

only be ascertained in the light of these arrangements » (84). Sarebbe dunque incongruo vanificare tale aspettativa proprio per quei prodotti che, in virtù delle implicazioni che comportano per i PVS, sono soggetti al differimento più lungo, attraverso un'interpretazione che imponga di attuare riforme legislative, già dal primo anno di entrata in vigore dell'Accordo.

Il *panel* e l'Organo d'Appello escludono che le disposizioni degli artt. 70.8 e 70.9 TRIPs, per la loro collocazione, formino parte del regime transitorio (85) il quale, secondo il *panel*, non comporta alcuna legittima aspettativa di esenzione dall'apportare modifiche legislative (86). Inoltre, gli artt. 70.8 e 70.9 TRIPs costituiscono « *a special obligation imposed on those Members benefitting from the transitional arrangements* » (87) che forma parte integrante dell'equilibrio di obblighi e diritti contenuto nell'Accordo. Tale obbligo si configura come un obbligo di risultato, finalizzato alla preservazione dei diritti connessi all'invenzione e non vincola rispetto ai mezzi (88). Al *panel* incombe la valutazione della congruità dei mezzi predisposti dall'ordinamento indiano per il raggiungimento di tale scopo, indipendentemente dalla loro natura legislativa (89).

L'affermazione secondo la quale le disposizioni in questione costituiscono « obblighi speciali » per i PVS che beneficiano del regime transitorio conferma la natura contrattuale del trattamento differenziato. Esso non costituisce l'esplicitazione di un dirit-

---

(84) *India, Patent Protection*, rapporto del *panel*, par. 7.27.

(85) *India, Patent Protection*, rapporto dell'Organo d'Appello, parr. 53 e 82.

(86) *India, Patent Protection*, rapporto del *panel*, par. 7.31.

(87) *Ibidem*, rapporto del *panel*, par. 7.28.

(88) *India, Patent Protection*, rapporto dell'Organo d'Appello, par. 59.

(89) Da ciò consegue che il *panel* non può limitarsi a trattare come un elemento di fatto la legge indiana, ma deve interpretarla nei limiti di quanto necessario per determinarne la conformità agli obblighi internazionali assunti dall'India. Nello stabilire questo principio sullo *status* della *municipal law*, l'Organo d'Appello ricorre ad una regola di diritto internazionale generale, secondo la quale gli atti di diritto interno possono avere una valenza molteplice nel corso dei procedimenti di fronte a corti internazionali: essi possono essere utilizzati come prove di fatto e di prassi nazionali, senza perciò impedire che possano costituire la prova del rispetto o della violazione di obblighi internazionali, come confermato dalla sentenza della Corte Permanente di Giustizia Internazionale sul caso *Interessi tedeschi nell'Alta Slesia Polacca* (1926, *PCIJ Rep.*, Series A, n. 7, p. 19), vedi *India, Patent Protection*, rapporto dell'Organo d'Appello, parr. 65-66.

to connesso alla condizione di sottosviluppo dei paesi che ne sono destinatari ed una condizione necessaria per il raggiungimento, da parte loro, degli obiettivi promossi dall'Accordo, ma rappresenta, piuttosto, il peso che, nell'equilibrio di diritti ed obblighi costituito dall'accordo, i paesi più avanzati sono disposti a sostenere per ottenere futuri vantaggi nei mercati dei PVS, in questo caso attraverso la protezione dei propri prodotti brevettabili.

8. Un'attitudine restrittiva nell'interpretazione del trattamento speciale per i PVS si è manifestata anche nella nota controversia sul regime comunitario di importazione delle banane (90), in relazione all'applicazione della deroga chiesta dalla Comunità Europea per consentire il trattamento preferenziale non generalizzato previsto dalla Convenzione di Lomé (91). Ai sensi dell'art. XXV.5 del GATT, è stato stabilito che

« *the provisions of paragraph 1 of article I of the General Agreement shall be waived, until 29 February 2000, to the extent necessary to permit the European Communities to provide preferential treatment for products originating in ACP States as required by the relevant provisions of the fourth Lomé Convention, without being required to extend the same preferential treatment to like products of any other contracting party* » (92).

---

(90) *EC, Bananas III*, cit., *supra* nota 31. Il caso, che costituisce la più imponente e controversa pronuncia dell'OMC in materia contenziosa, è promosso da cinque Membri (Stati Uniti, Messico, Ecuador, Honduras e Guatemala) che impugnano il regime unificato di importazione, vendita e distribuzione delle banane nell'Unione Europea. Il sistema viene criticato sotto diversi profili tutti connessi ai principi fondamentali di trattamento nazionale o della nazione più favorita, in relazione al GATT ed al GATS che, per la prima volta, sono dichiarati applicabili contemporaneamente alla medesima misura. Per una sintesi esauriente degli aspetti fattuali e giuridici della controversia si veda HIRSH, *The WTO Bananas Decision: Cutting Through the Ticket*, in *Leiden Journ. Int. L.*, 1998, pp. 201-227. Si veda anche COTULA, *Le decisioni dell'OMC in merito alla controversia sul regime di importazione delle banane nella Comunità Europea*, in *Dir. comm. int.*, 2000, p. 209 ss.

(91) Il mantenimento delle preferenze speciali appariva infatti in pericolo a seguito delle modifiche normative ed istituzionali dell'*Uruguay Round* e ad un rapporto, non adottato, su un caso relativo al regime comunitario di importazione delle banane (*EC, Regime for the Importation of Bananas*, rapporto del panel non adottato (DS/38/R del 18 gennaio 1994), che aveva rilevato diversi profili di illegittimità del regime di distribuzione delle banane, ma non un contrasto con l'art. XIII (vedi i parr. 169 e 170).

(92) *EC-The Fourth ACP-ECC Convention of Lomé*, decisione di *waiver*

Il *panel*, dopo avere accertato l'incompatibilità del sistema di allocazione delle quote tariffarie del regime di importazione di banane con i requisiti di non discriminazione nell'applicazione delle restrizioni quantitative sanciti dall'art. XIII GATT 1994 (93), deve decidere se tale situazione sia sanata dalla deroga.

Secondo la Comunità Europea e gli Stati ACP esportatori l'interpretazione del *waiver* alla luce della sua finalità di rendere immune da ogni profilo di illegittimità il trattamento preferenziale previsto dalla Convenzione di Lomé, avrebbe comportato l'estensione della deroga anche ad eventuali aspetti non tariffari. Il *panel* giunge alle medesime conclusioni, affermando che il ricorso a quote tariffarie costituisce l'unico mezzo per garantire il raggiungimento delle finalità della convenzione di Lomé (94) e che l'art XIII, seppur non direttamente richiamato dalla decisione, non è escluso dalla deroga in quanto specificazione del principio di non discriminazione contenuto nell'art. I GATT con il quale si pone in stretta relazione (95). Infine, secondo il *panel*, tale impostazione non contrasta con il principio di interpretazione restrittiva dei *waivers*, in quanto esso è garantito dal ricorso ad un principio di stretta necessarietà (96).

Tali conclusioni, in parte favorevoli ai paesi ACP, molti dei quali appartengono alla categoria dei PMA ed hanno economie fortemente dipendenti dall'esportazione di banane verso i paesi

---

del 19 dicembre 1994 (L/7604); *Extention of the Waiver*, decisione del 14 ottobre 1996, WT/L/186. Benché la deroga fosse stata inizialmente approvata fino al 29 febbraio 2000, il riesame da parte del Consiglio Generale OMC è stato necessario in quanto l'*Understanding in Respect of Waivers of Obligations under the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (Final Act, Annex 1A)* prevede la scadenza di tutti i waiver dopo due anni dall'entrata in vigore dell'Accordo OMC.

(93) L'articolo in questione impone una ripartizione del mercato tra i membri aventi un interesse di principale fornitore in modo proporzionale ad un periodo rappresentativo anteriore, di modo che la suddivisione artificialmente operata si avvicini quanto più possibile alla situazione che si sarebbe creata spontaneamente.

(94) *EC, Bananas III*, rapporto del *panel*, par. 7.106.

(95) *Ibidem*, par. 7.107.

(96) L'applicazione di tale principio porterà alla censura, sulla base dell'art. I.1 GATT 1994 del sistema di licenze di importazione *Ibidem*, parr. 7.196-7.204 e 7.257-7.259.

dell'Unione Europea (97), sono rigettate dall'Organo d'Appello che sceglie invece una strada opposta, affermando che

« *neither the circumstances surrounding the negotiations of the Lomé Waiver, nor the need to interpret it as to permit it to achieve its objectives allow us to disregard the clear and plain wording of the Lomé Waiver by extending its scope to include a waiver from obligations under Article XIII* » (98).

In altre parole, l'Organo d'Appello fornisce un'interpretazione, rigorosa sotto il profilo formale, ma che impedisce di fatto agli Stati ACP di usufruire del trattamento preferenziale che lo stesso Organo d'Appello ha riconosciuto essere richiesto dalla Convenzione di Lomé (99) ed autorizzato dalla deroga (100).

9. Un recente *panel* ha affrontato una questione sinora rimasta al di fuori delle dispute OMC. Un'importante parte delle disposizioni speciali a favore dei PVS non consiste infatti in una

---

(97) Cfr. MACMAHON, *The EC Banana Regime, the WTO rulings and the ACP. Fighting for Economic Survival?*, in *Journ. World Trade*, 1998, 4, p. 101.

(98) *EC, Bananas III*, rapporto dell'Organo d'Appello, par. 183.

(99) La Comunità ed i paesi ACP affermano che il *panel* non può pronunciarsi sul primo punto, essendo l'interpretazione della Convenzione riservata agli Stati che ne sono parte (*EC, Bananas III*, rapporto del *panel*, parr. 4.28-4.50). Al contrario, il *panel*, e successivamente l'Organo d'Appello, stabiliscono che la deroga, in virtù del riferimento alla Convenzione di Lomé, trasforma quest'ultima in una questione di rilevanza OMC, la cui interpretazione si rende necessaria per apprezzare la portata giuridica della deroga medesima (*EC, Bananas III*, rapporto del *panel*, par. 7.98). Nel merito, sia il *panel* che l'Organo d'Appello riconoscono che la Convenzione richiede che sia garantito il mantenimento delle « importazioni tradizionali » e quindi di un accesso annuale pari alla migliore *performance* realizzata in un anno precedente il 1991. Essa non richiede, invece, una tutela delle importazioni « non tradizionali ». Vengono dunque esclusi dall'assegnazione i paesi ACP non tradizionalmente esportatori di banane e le quantità in eccesso rispetto alla soglia indicata per gli esportatori tradizionali (*EC, Bananas III*, rapporto del *panel*, par. 7.103).

(100) Infatti la possibilità, riconosciuta anche dall'Organo d'Appello, di concedere alle importazioni tradizionali ACP quote pari alla maggiore quantità importata in un anno precedente al 1991 è inconciliabile con la divisione proporzionale ad un periodo rappresentativo richiesta dall'art. XIII GATT 1994. Di fatto, in assenza di un accordo tra tutti gli esportatori con un interesse sostanziale, alcuni dei quali hanno promosso la controversia, la garanzia per i paesi ACP di conservare, attraverso il sistema di quote, il loro tradizionale accesso al mercato europeo si rivela impraticabile. Su questo punto si veda HIRSH, cit. *supra* nota 90, p. 209.

riduzione dei loro obblighi, ma nell'impegnare, ancorché in modo generico, i paesi sviluppati a tenere conto nelle loro azioni delle necessità, dei bisogni e degli interessi dei PVS. La formulazione generica di tali disposizioni ha determinato un certo scetticismo circa la possibilità di invocarle concretamente per ottenere un trattamento speciale. Si è infatti ritenuto che la loro applicazione risiedesse in via principale, se non esclusiva, sulla « buona volontà » dei paesi sviluppati (101).

Un esempio di tali disposizioni è costituito dall'art. 15 dell'*Accordo Antidumping* (102), la cui violazione da parte delle Comunità Europee è stata invocata dall'India nella controversia *EC, Bed Linen Anti-dumping* (103). Il *panel*, dopo avere escluso che tale disposizione possa applicarsi anche a misure provvisorie (104), ha confermato (105) che:

« *[a]rticle 15 imposes no obligation to actually provide or accept any constructive remedy that can be identified and/or offered* » (106),

ma esclusivamente un obbligo di natura procedurale. Questo,

---

(101) Si veda, per esempio, il documento *Special and Differential Treatment for Developing Countries in the Multilateral Trading System*, comunicazione dell'Egitto al Consiglio Generale ed al Comitato sul Commercio e lo Sviluppo del 5 novembre 1998 (WT/GC/W/109 e WT/COMTD/W/49).

(102) *Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, (Final Act, Annex 1A) (8)*. L'art. 15 recita: « *it is recognized that special regard must be given by developed country Members to special situation of developing country Members when considering the application of anti-dumping measures under this agreement. Possibilities of contructive remedies provided for in this Agreement shall be explored before applying anti-dumping duties where they would affect the essential interests of developing country Members* ».

(103) *European Communities, Anti-dumping duties on Imports on Cotton-Type Bed Linen from India (EC, Bed Linen Anti-dumping)*, rapporto del *panel* (WT/DS141/R del 30 ottobre 2000) e dell'Organo d'Appello (WT/DS141/AB/R del 1° marzo 2001) adottati il 12 marzo 2001. Si noti che il punto in questione non è stato oggetto di appello.

(104) *EC, Bed Linen Anti-dumping*, rapporto del *panel*, par. 6.232.

(105) La disposizione in questione era già stata oggetto di interpretazione di un *panel* nell'ambito del *Codice Antidumping* del *Tokio Round*. Tale *panel* aveva posto l'accento in special modo sull'impossibilità di trarne obblighi per i paesi sviluppati (*EC, Imposition of Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton Yarn from Brazil*, rapporto del *panel*, ADP/37, adottato il 30 ottobre 1995, par. 584, disponibile in formato elettronico all'indirizzo *http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/94cotton.wpf*.

(106) *EC, Bed Linen Anti-dumping*, rapporto del *panel*, par. 6.233.

dato il contesto ed alla luce dell'oggetto e dello scopo della norma, impone

« *to actively consider, with an open mind the possibility of such a remedy* » (107).

Tale *standard* non è soddisfatto dal comportamento tenuto dalla Comunità Europea. Esso ha avuto carattere meramente passivo e non si è differenziato in nulla da quello proprio di qualsiasi procedimento *antidumping*, nonostante la manifestazione di volontà, da parte dell'India, di offrire rimedi costruttivi, in forma di impegni di prezzo (108).

10. L'ultima decisione che prendiamo in considerazione riguarda la posizione dei PVS nella fase finale, e se vogliamo decisiva, del procedimento: quella dell'esecuzione delle decisioni (109). Tale aspetto della disciplina del sistema di soluzione delle controversie ha attirato la diffidenza dei PVS che ne hanno lamentato l'inadeguatezza, sia sotto il profilo delle possibilità che lascia di dilatare strumentalmente i tempi del procedimento, sia sotto il profilo della carenza di effettività dell'unica misura coercitiva tuttora riconosciuta dal sistema, la ritorsione autorizzata. Inoltre, proprio in questo ambito, la disciplina speciale non sembra intervenire in modo incisivo. Caduta in disuso la disposizione della *Decisione '66* che prevedeva il ricorso a non meglio precisate altre misure, diverse dalla sospensione di concessioni, rimane soltanto l'invito, contenuto nell'art. 21.8 DSU, a tenere conto, nella determinazione delle contromisure, del loro impatto sull'economia del PVS interessato.

Il primo problema, dovuto ad un difetto di coordinamento tra gli artt. 21.5 e 22.6 DSU, si è manifestato nella controversia *EC, Bananas III* (110). Non è chiaro infatti se, scaduto il termine

---

(107) *Ibidem*.

(108) *Ibidem*, par. 238.

(109) Sul significato e le procedura di tale fase si veda estensivamente DI STEFANO, *Certezza del diritto ed esecuzione delle decisioni OMC alla luce dei primi arbitrati*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 579 ss.

(110) Con l'approssimarsi della scadenza del periodo per il ragionevole adempimento stabilito per via arbitrale (15 mesi e 10 giorni con scadenza il 1° gennaio 1999), ritenute insufficienti dalle controparti le misure adottate dalla Comu-

fissato per l'adempimento di un rapporto, la determinazione dell'adeguatezza delle misure adottate spetti in via esclusiva al *panel* investito della questione *ex* art. 21.5 DSU, come suggerirebbe una lettura in combinazione con l'art. 23 DSU (111), o se vi sia spazio per una determinazione unilaterale che si manifesti attraverso la richiesta di autorizzazione di contromisure *ex* art. 22.6. Quest'ultima ipotesi potrebbe essere suffragata anche dalla considerazione che, in caso contrario, verrebbe meno la possibilità di adottare contromisure in ogni ipotesi di inadempimento parziale, palesandosi un'ipotesi di « fallimento » del sistema che potrebbe condurre alla legittimazione dell'adozione di misure unilaterali *tout court* al di fuori di ogni controllo multilaterale (112).

Astraendo dal caso concreto, entrambe le soluzioni si rive-

---

nità, nonostante le modifiche apportate a seguito delle consultazioni, si verificano tre fatti rilevanti. La Comunità chiede l'istituzione di un *panel*, ai termini dell'art. 25.1 DSU, che dichiari una presunzione di compatibilità della propria azione con gli accordi rilevanti, fino a diversa determinazione da parte di un *panel* (15 agosto 1998). La medesima richiesta, ma con l'intento opposto, viene avanzata da uno dei ricorrenti, l'Ecuador (18 agosto 1998). Il *panel* originario viene così riconvocato (12 gennaio 1999) per esaminare entrambe le richieste. Il 14 gennaio gli Stati Uniti chiedono, ai sensi dell'art. 22.2 DSU, l'autorizzazione per la sospensione di concessioni, il cui livello, in seguito a richiesta dell'UE *ex* art. 22.6 DSU, è da determinarsi attraverso un arbitrato, deferito anch'esso al *panel* originario. Il *panel* respinge la domanda della Comunità, mentre rileva profili di incompatibilità anche nella nuova disciplina comunitaria (12 aprile 1999). Sull'altro fronte determina il livello di annullamento o pregiudizio subito dagli Stati Uniti (9 aprile 1999). A seguito di tale determinazione gli Stati Uniti chiedono l'autorizzazione al sospendere concessioni per l'ammontare determinato. Anche l'Ecuador avanza, in data 8 novembre 1999, la richiesta di autorizzazione di contromisure. Anche in tal caso la CE richiede l'arbitrato *ex* art. 22.6 DSU.

(111) A rigor di logica infatti la misura originariamente oggetto della controversia è stata sostituita o modificata e la misura in vigore non è stata ancora giudicata incompatibile con gli accordi. Il principio di esclusività della giurisdizione del sistema di soluzione delle controversie OMC, incorporato nell'art. 23 DSU, escluderebbe la possibilità di assumerla come base per un'azione di ritorsione.

(112) Tale tesi è sostenuta da LIGUSTRO, *La soluzione delle controversie...*, cit., *supra* nota 20, p. 1066, il quale afferma che se « per una ragione qualsiasi, nonostante le disposizioni che regolano il processo decisionale del DSB, o proprio in seguito ad una loro particolare interpretazione, risultasse impossibile (...) l'autorizzazione delle contromisure istituzionali », i membri potrebbero invocare la clausola *rebus sic stantibus* per sottrarsi all'impegno di non ricorrere a misure unilaterali. Nel caso concreto la tensione è stata risolta mediante un compromesso mirante ad una ripresa delle consultazioni tra le parti e soprattutto ad una trattazione unica delle richieste circa la determinazione dell'adeguatezza dell'adempimento, da un

lano pregiudizievoli per gli interessi dei PVS. La prima, infatti, legittima una dilazione *sine die* dei termini di adempimento delle decisioni, contravvenendo al principio di speditezza del procedimento. La seconda lascia spazio ad un abuso dell'art. 22.6 DSU, nel senso di sfruttare la minaccia di ritorsione come strumento di coercizione circa le modalità di attuazione delle decisioni, situazione che contrasterebbe con il principio di tendenziale libertà di mezzi di adempimento sancito dall'art. 19 DSU.

Nell'ottica dei PVS, il punto nodale della fase dell'esecuzione rimane, comunque, la questione degli strumenti di coercizione. Confermato in via esclusiva lo strumento dell'autotutela autorizzata, la più rilevante innovazione in materia, consistente nella possibilità di ricorrere a misure incrociate, è stata vista dai PVS come potenzialmente negativa, soprattutto in relazione all'attuazione degli obblighi nei nuovi settori (113).

In assenza di una qualsiasi forma di ritorsione collettiva, una possibilità per i PVS di ovviare al loro scarso potere di ritorsione è quella del ricorso multiplo. Non essendo richiesto un interesse commerciale attuale come condizione di esercizio dell'azione (114) e potendosi rinvenire un interesse potenziale nella determinazione e chiarificazione dei diritti derivanti dall'Accordo, nulla impedisce, in via di principio, che i PVS si presentino uniti nel portare in giudizio la medesima misura di un paese sviluppato, creando le condizioni per ampliare la base commerciale per la ritorsione (115). A questo proposito, si può notare che l'unico caso in cui un PVS, l'Ecuador, ha domandato autorizzazione per la sospensione di concessioni contro un altro membro ciò è avvenuto solo dopo che un altro attore di grande peso commerciale, gli Stati Uniti, aveva fatto altrettanto.

Proprio la richiesta di autorizzazione delle sospensioni del-

---

lato, e del livello appropriato di sospensione delle concessioni, dall'altro. Tra l'altro il *panel* incaricato della questione ha commesso una sorta di *gaffe* temporale, facendo circolare tra i membri la decisione sulla determinazione del livello di sospensione delle concessioni con qualche giorno di anticipo rispetto alla decisione, che logicamente ne costituisce un presupposto, circa la non adeguatezza delle misure attuate dall'Unione Europea.

(113) SOUTH CENTRE, cit., *supra* nota 26, p. 25.

(114) Sulla formulazione di tale regola si veda *EC, Bananas III*, rapporto del *panel*, parr. 7.49 e 7.50.

(115) Cfr. HOEKMAN-MAVROIDIS, cit., *supra* nota 26, p. 10.

l'Ecuador ha dato luogo ad un arbitrato *ex* art. 22.6 DSU nel quale ha trovato applicazione l'art. 22.8 DSU (116). Oggetto dell'arbitrato è la richiesta dell'Ecuador di essere autorizzato a sospendere alcuni obblighi in materia di diritti di proprietà intellettuale, a titolo di contromisura per il danno sofferto a causa del regime comunitario di importazione delle banane e del mancato adempimento alla decisione sul merito (117). Gli arbitri devono quindi valutare, oltre alla correttezza della determinazione del livello di compensazione richiesto, anche la compatibilità della sospensione « incrociata » con i due criteri posti dall'art. 22.3 DSU: l'impraticabilità o l'inefficacia di una sospensione nello stesso settore o sotto il medesimo accordo e la sussistenza dell'ulteriore requisito di serietà delle circostanze (118).

Secondo gli arbitri, il primo criterio deve essere interpretato alla luce dello scopo dell'art. 22 « *which is to induce complian-*

---

(116) *European Communities, Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas-Recourse to Arbitration by European Communities Under Article 22.6 of the DSU (EC, Bananas III-Arb/Ecu)*, decisione degli arbitri (WT/DS27/ARB/ECU) del 24 marzo 2000.

(117) In particolare viene chiesta la sospensione degli obblighi derivanti dall'art. 14 (diritti d'autore in materia musicale), dalla sezione 3 (indicazioni geografiche) e dalla sezione 4 (modelli industriali) dell'Accordo TRIPs.

(118) L'art. 22.3 DSU prevede che « *[i]n considering what concessions or other obligations to suspend, the complaining party shall apply the following principles and procedures*:

(a) *the general principle is that the complaining party should first seek to suspend concessions or other obligations with respect to the same sector(s) as that in which the panel or Appellate Body has found a violation or other nullification or impairment*;

(b) *if that party considers that it is not practicable or effective to suspend concessions or other obligations with respect to the same sector(s), it may seek to suspend concessions or other obligations in other sectors under the same agreement*;

(c) *if that party considers that it is not practicable or effective to suspend concessions or other obligations with respect to other sectors under the same agreement, and that the circumstances are serious enough, it may seek to suspend concessions or other obligations under another covered agreement*;

(d) *in applying the above principles, that party shall take into account*:

(i) *the trade in the sector or under the agreement under which the panel or Appellate Body has found a violation or other nullification or impairment, and the importance of such trade to that party*;

(ii) *the broader economic elements related to the nullification or impairment and the broader economic consequences of the suspension of concessions or other obligations*; (*omissis*) ».

ce » (119) rispetto alla decisione sulla questione sostanziale. A questo proposito osserva:

« *[o]ne may ask whether this objective may ever be achieved in a situation where a great imbalance in term of trade volume and economic power exists between the complaining party seeking suspension and the other party which has failed to bring WTO-inconsistent measures into compliance with WTO law. In such a case, and in other situations where the complaining party is highly dependent on imports from the other party, it may happen that the suspension of certain concessions or certain other obligations entail more harmful effects for the party seeking suspension than for the other party. In these circumstances, a consideration by the complaining party in which sector or under which agreement suspension may be expected to be least harmful to itself would seem sufficient for us to find a consideration by the complaining party of the effectiveness criterion to be consistent with the requirement to follow the principles and procedures set forth in Article 22.3* » (120).

In altri termini, gli arbitri stabiliscono che, in caso di richiesta di autorizzazione di contromisure incrociate da parte di un PVS nei confronti di una controparte economicamente sviluppata, vi è una presunzione relativa di sussistenza della condizione di impraticabilità ed inefficacia delle contromisure infrasettoriali, che sposta sul convenuto l'onere della prova contraria (121).

Il passo successivo è considerare se le circostanze siano sufficientemente serie da giustificare le contromisure incrociate. Gli arbitri ritengono che gli elementi di valutazione imposti dall'art. 22.3(d) DSU siano da riferirsi alla situazione economica del paese che richiede la sospensione (122). Tali elementi assumono un significato particolare quando questo sia un PVS. L'importanza del commercio delle banane per l'Ecuador (123) e la differenza di peso economico tra i due contendenti, che rischierebbe di far ricadere esclusivamente sul PVS il peso delle contromisure da esso adottate (124), sono sufficienti per fornire una risposta affermativa. Tale interpretazione, affermano gli arbitri, « *is* corroborated *by the provision of article 23.8* » (125).

---

(119) *EC, Bananas III-Arb/Ecu*, par. 76.
(120) *Ibidem*, par. 73.
(121) *Ibidem*, par. 75.
(122) *Ibidem*, parr. 84, 85 e 86.
(123) *Ibidem*, par. 129.
(124) *Ibidem*, par. 121 ss.
(125) *Ibidem*, par. 136, tondo aggiunto.

Tale decisione, la cui importanza ed i cui possibili sviluppi sono comunque da non sottovalutare, pur difformandosi da quelle sin qui esaminate, non sembra essere indice di un mutato orientamento giurisprudenziale. Essa deve essere letta alla luce di alcuni elementi peculiari. Innanzitutto, non si tratta di una decisione sul merito, ma di una decisione finalizzata a renderne efficace una precedente che si poneva in un'ottica di liberalizzazione. Inoltre, gli arbitri si trovano ad operare in un contesto normativo che non provvede a specificare gli elementi di flessibilità necessari per i PVS, ma ne rimanda esplicitamente la valutazione al momento interpretativo. Infine, si può sottolineare come la norma speciale contenuta nell'art. 22.8 DSU non sia posta a fondamento diretto dell'impostazione interpretativa adottata dagli arbitri, ma sia invocata esclusivamente come elemento che ne conferma e rafforza la validità.

11. Dall'analisi compiuta emerge chiaramente, con la limitata eccezione della decisione arbitrale da ultimo esaminata, il ruolo marginale che gli organi di soluzione delle controversie hanno svolto nel valorizzare la disciplina speciale per i PVS.

Come osservato essa, nell'ottica di reciprocità che oramai governa le relazioni tra i PVS ed i paesi avanzati, non costituisce altro che un elemento dell'equilibrio tra diritti ed obblighi di ciascun membro che il sistema di soluzione delle controversie deve preservare e non alterare (art. 3 DSU). Da ciò deriva il rifiuto ad adottare particolari criteri di interpretazione quando oggetto della controversia siano questioni che riguardino il trattamento speciale e differenziato dei PVS.

Certamente il vincolo al rispetto delle regole consuetudinarie di interpretazione dei trattati riduce le opportunità di utilizzare il momento interpretativo per enfatizzare la portata del trattamento speciale. È peraltro vero che una maggiore flessibilità potrebbe derivare dall'utilizzo più incisivo del criterio teleologico, qualificando il principio di trattamento differenziato come elemento necessario per il raggiungimento dell'obiettivo di sviluppo economico enunciato nell'Atto Finale.

Tale impostazione è completamente estranea alla giurisprudenza OMC. Al contrario, è stato affermato che

« *from a substantive perspective, the fundamental principles of the WTO*

and WTO rules are designed to foster the development of countries, not impede it ».

Di conseguenza

« *the system is flexible enough to allow through WTO-consistent trade measures, appropriate policy responses in the wide variety of circumstances across countries* » (126).

Nello stesso senso, un altro *panel* ha affermato che

« *the Preamble to the WTO Agreement recognizes both (i) the desirability of expanding international trade in goods and services and (ii) the need for positive efforts designed to ensure that developing countries secure a share in international trade commensurate with the needs of their economic development. In implementing these goals, WTO rules promote trade liberalization, but recognize the need for specific exceptions from the general rules to address special concerns, including those of developing countries* » (127).

Tali affermazioni indicano che, nella filosofia dell'OMC, non vi è un contrasto tra liberalizzazione e sviluppo, salvo casi marginali regolati attraverso elementi di flessibilità previsti dagli accordi. Gli obiettivi di promozione dello sviluppo sono, dunque, tutelati in sede contenziosa attraverso un attento ed approfondito controllo del rispetto dei limiti e delle condizioni ad essa apposte. Questa impostazione, del resto, trova una giustificazione tanto nella natura frammentaria e contrattuale della disciplina speciale, che manca di uno statuto generale, quanto nella sua finalità di integrare i PVS nella competizione globale.

La giurisprudenza conferma dunque che la nozione di « diritto internazionale dello sviluppo », così come elaborato nell'epoca post-coloniale, non ha più diritto di cittadinanza nell'OMC. Ciò si accompagna all'assenza di un disegno organico, solo parzialmente corretto in sede contenziosa, che incorpori nel sistema del commercio internazionale un rinnovato concetto di sviluppo che tenga conto di fattori diversi da quelli prettamente quantitativi e che includa valutazioni sull'impatto delle politiche commerciali sull'ambiente e sugli individui. La combinazione di questi due fattori suggerisce, dunque, la scomparsa di una « dimensione dello sviluppo » nel sistema commerciale multilaterale.

---

(126) *EC, Bananas III*, rapporto del *panel*, par. 8.3.

(127) *India, Quantitative Restrictions*, rapporto del *panel*, par 7.2.

XVIII.

« CAUSA COMUNE » E PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA PROCESSUALE DELLE PARTI NEI CASI RELATIVI ALLA LICEITÀ DELL'USO DELLA FORZA

DI

PAOLA PUOTI

Ricercatore nell'Università degli Studi G. D'Annunzio

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. I motivi dei ricorsi e delle richieste di misure cautelari. — 3. I motivi del rigetto delle dieci richieste iugoslave. — 4. Il procedimento. — 5. (*Segue*): la questione della composizione della Corte. — 6. (*Segue*): incompetenza e cancellazione della causa dal ruolo generale in sede cautelare nei casi tra RFI e, rispettivamente, Spagna e Stati Uniti. — 7. Conclusioni.

1. Le vicende relative alla ex Iugoslavia, ed in particolare l'intervento di alcuni Stati membri della NATO contro il territorio della RFI, continuano ad alimentare l'interesse degli studiosi per il loro impatto sul diritto internazionale. Le dieci domande presentate il 29 aprile 1999 dalla Repubblica federale di Iugoslavia (Serbia e Montenegro) alla Corte Internazionale di Giustizia contro altrettanti Stati, tutti membri della NATO (1) e la conte-

(1) *International Court of Justice, Case concerning Legality of Use of Force — Application* (Yugoslavia v. Belgium; Yugoslavia v. Canada; Yugoslavia v. France; Yugoslavia v. Germany; Yugoslavia v. Italy, Yugoslavia v. Netherlands; Yugoslavia v. Portugal; Yugoslavia v. Spain; Yugoslavia v. UK; Yugoslavia v. USA). Le domande della Iugoslavia si trovano in rete, nel sito generale della Corte: *http://www.icj.cij.org./icjwww/idocket/frame.html.* Si ricorda che non è la prima volta che la Iugoslavia tenta di convenire gli Stati NATO davanti alla Corte per la violazione del divieto dell'uso della forza e della Carta delle Nazioni Unite: il 16 marzo 1994 quest'ultimo Stato presentò una domanda alla Corte in relazione ad una decisione NATO del 9 febbraio 1994 che avrebbe violato gli artt. 2 § 4 e 53 § 1 della Carta: v. *International and Comparative Law Quarterly*, 1994, p. 715. In quell'occasione tuttavia, il Cancelliere, applicando per la prima volta l'art. 14 delle « *Istruzioni per la Cancelleria* » (che gli conferiscono il potere di valutare autonomamente l'esistenza di eventuali difformità, con lo Statuto o il Regolamento, dei documenti presentati da uno Stato per attivare un procedimento davanti alla Corte e di notificarle all'autore), informava la RFI che la sua comunicazione non poteva essere considerata formalmente una domanda (*application*) ai sensi delle rilevanti disposizioni di Statuto e Regolamento escludendo di poter procedere all'iscrizione della domanda iugoslava nel Ruolo Generale: sull'episodio v. ROSENNE, *The General List of the International Court of Justice*, in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of K. Skubiszewski*, The Hague, London, Boston, 1996, p. 805 ss. a p. 806-807.

Azioni giudiziarie connesse con l'intervento NATO in Iugoslavia sono state

stuale richiesta di misure cautelari (2) hanno riportato davanti al massimo tribunale internazionale il tema, oggi di grande attualità, della liceità dell'uso della forza per motivi umanitari (3). In

---

attivate presso altri Tribunali internazionali. Cittadini iugoslavi hanno adito la Corte europea dei diritti dell'uomo contro oguno degli Stati membri NATO che sono anche Parti del sistema di controllo instaurato dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 1950 per le violazioni di alcuni diritti protetti da quest'ultimo accordo causate dal bombardamento del 23 aprile 1999 alla sede della televisione serba: *European Court of Human Rights, BANKOVICH and others v. The Contracting States also Parties to the North Atlantic Treaty* (Belgium, Czech Republic, Denmark, France, Germany, Greece, Hungary, Iceland, Italy, Luxemboug, Netherlands, Norway, Poland, Portugal, Spain, Turkey and the United Kingdom), presentata alla Corte il 20 ottobre 1999 (iscritta nel Ruolo della Corte col n. 52207/00). La I Sezione della Corte ha deciso, il 26 settembre 2000, di comunicare il ricorso ai governi convenuti e di notificare alle parti l'intenzione di rimettere il caso alla Grande Camera *ex* art. 30 della Convenzione. Il 14 novembre 2000 la Camera della I Sezione ha deciso di devolvere la controversia alla Grande Camera, che, a sua volta, si è pronunciata sulla ricevibilità del ricorso, negativamente e all'umanità, il 19 dicembre 2001. Sulla decisione di irricevibilità si rinvia al puntuale commento di PUSTORINO, *Responsabilità degli Stati Parti della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo per il bombardamento NATO alla radio-televisione serba: il caso BANCOVIC*, in *La Comunità Internazionale*, 2001, pp. 695 ss.

Sono inoltre state avanzate contro gli Stati NATO che hanno effettuato l'intervento, accuse di violazioni del diritto bellico umanitario davanti al Tribunale penale delle Nazioni Unite per i crimini commessi nella *ex*-Iugoslavia. Il Prosecutor Carla Del Ponte ha incaricato una commissione di indagare sul fondamento di tali accuse ma i risultati dell'inchiesta hanno evidenziato l'impossibilità di provarle: v. *International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia* (ICTY): *Final report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing campaign against the Federal Republic of Yugoslavia,* June 8, 2000, pubblicato in *International Legal Materials*, 2000, p. 1257 ss. Per le azioni giudiziarie, attivate contro l'intervento all'interno degli Stati, si rinvia *infra*, alla nota (18).

(2) *International Court of Justice, Case concerning Legality of Use of Force — Request for the indication of provisional measures* (Yugoslavia v. Belgium; Yugoslavia v. Canada; Yugoslavia v. France; Yugoslavia v. Germany; Yugoslavia v. Italy, Yugoslavia v. Netherlands; Yugoslavia v. Portugal; Yugoslavia v. Spain; Yugoslavia v. UK; Yugoslavia v. USA), in rete nel sito della Corte cit. in nota precedente.

(3) L'origine delle richieste si trovava nella campagna di bombardamenti aerei sferrati dai dieci Stati NATO convenuti, a partire dal marzo '99, contro tutto il territorio iugoslavo ed ancora in corso al momento della proposizione della domanda. La giustificazione addotta dall'organizzazione del Patto atlantico e dai suoi Stati membri a difesa dell'intervento poggiava sul suo carattere umanitario e sulla necessità di contrastare e porre fine alle violenze indiscriminate commesse nei confronti della popolazione civile del Kosovo. Nel suo intervento orale, l'agente del

questa sede tuttavia non è quest'ultimo il tema che s'intende approfondire.

L'adozione il 2 giugno 1999, da parte della Corte Internazionale di Giustizia, di dieci ordinanze nei casi relativi alla « *Liceità dell'uso della forza* » presenta infatti, al di là delle questioni sostanziali appena accennate oggetto dei ricorsi, anche un indubbio interesse sotto il profilo processuale perché, per la prima volta nella giurisprudenza della Corte, un rigetto di richieste di misure cautelari è stato fondato su motivi d'incompetenza *prima facie* (4).

Sembra quindi utile analizzare alcuni aspetti del procedimento conclusosi con le dieci pronunce della Corte Internazionale di Giustizia per vedere se anch'essi possano aver influito sulla decisione finale d'incompetenza della Corte (5). Lo scopo

---

Belgio sostiene che quello nella RFI: « ... est une intervention humanitaire armée... »: *Legality of the Use of Force -Public Sitting-Monday 10 May 1999 at 10.00 a.m. — Request for the Indication of Provisional measures. Verbatim Record 99/15* (d'ora in poi VR/99/15) in *www.icj — cij.org / cijwww/cdocket / cyall / cyall-cybeccr9915 — 19990510.html*. Per una ricostruzione delle vicende precedenti l'intervento, si rinvia, per tutti, a ZAPPALÀ, *Nuovi sviluppi in tema di uso della forza armata in relazione alle vicende del Kosovo*, in *Riv. Dir. Int.*, 1999, p. 975 ss. specie § 2, p. 975-981.

(4) La Corte, in precedenza, non ha mai rigettato una richiesta di misure cautelari invocando motivi di incompetenza *prima facie*. Vero è che nella prima ordinanza dell'8 aprile 1993 sulle misure cautelari richieste dalla Bosnia nei confronti della RFI nel caso dell'« *Applicazione ed interpretazione della Convenzione sul genocidio* », la Corte si era dichiarata per la prima volta, come mette in luce DANIELE, (*La prima ordinanza sulle misure cautelari nell'affare tra la Bosnia-Herzegovina e Iugoslavia Serbia e Montenegro*, in *Riv. Dir. Int*., 1993, p. 373 ss. a p. 377) incompetente *ratione personae*. In quell'occasione, tuttavia, la richiesta non fu rigettata come nei casi qui in esame, perché la Corte era riuscita a fondare la sua competenza su di un altro titolo di giurisdizione e aveva potuto proseguire il procedimento che si era concluso con l'accoglimento della richiesta bosniaca e l'indicazione di varie misure cautelari. V. il § 32 dell'ordinanza in *I.C.J. Reports*, 1993, p. 1 ss.; e in *Riv. Dir. Int.*, 1993, p. 418 ss. a p. 433.

(5) *International Court of Justice — 2 June 1999 — Case Concerning Legality of Use of Force — Order* (Yugoslavia v. Belgium; Yugoslavia v. Canada; Yugoslavia v. France; Yugoslavia v. Germany; Yugoslavia v. Italy, Yugoslavia v. Netherlands; Yugoslavia v. Portugal; Yugoslavia v. Spain; Yugoslavia v. UK; Yugoslavia v. USA). Le ordinanze e le singole opinioni dei giudici nei dieci procedimenti cautelari definiti possono leggersi in *International Legal Materials* 38 (1999), p. 950 ss.; e nel sito web ufficiale della Corte *www.icj-cij.org* citato *supra*, in nota (1).

In dottrina, si segnalano i commenti di WECKEL, *Cour Internationale de Ju-*

che questo lavoro si propone è quello di cercare di chiarire se il rigetto delle dieci richieste di indicazione di misure cautelari iugoslave sia stato in qualche modo influenzato dalla composizione dei collegi giudicanti i dieci singoli casi.

Occorre premettere che i dieci casi qui in esame possono essere qualificati come « casi paralleli », intendendosi per tali, in generale, quei casi che traggono origine tutti da uno stesso fatto oppure incidente e che vengono portati all'attenzione della Corte, a seconda dei casi, da un unico ricorrente, il quale attiva procedimenti separati nei confronti di una pluralità di convenuti, come negli affari qui in esame; oppure, al contrario, da una pluralità di attori nei confronti di un unico convenuto, che si trova però chiamato in giudizio in procedimenti diversi (6).

---

stice. Affaire relative à la liceité de l'emploi de la force (Yougoslavie c. Allemagne et autres), ordonnances du 2 juin 1999, in *Révue Générale de Droit International Public*, 1999, p. 697 ss; SACCUCCI, *Le prime statuizioni della Corte internazionale di giustizia sul ricorso della Jugoslavia*, in *Diritti dell'uomo, cronache e battaglie* 1999, p. 65 ss.; ID., *NATO's Bombings in Yugoslavia Under International Scrutiny: Issues of Jurisdiction and Procedure Before the International Court of Justice*, in *Italian Yearbook of International Law*, 2000, vol. X, p. 181-204; SHEN, *The ICJ's Jurisdiction in the Legality of Use of Force cases*, in *International Law in the Post-Cold War World. Essays in Memory of Li Haopei*, London, New York, 2001, p. 480 ss. V. anche le rassegne commentate di WECKEL, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1999, cit., a p. 733; e BEKKER, in *American Journal of International Law*, 1999, p. 928-933; di RUIZ FABRI e SOREL, in *Journal de Droit International*, 2000, p. 807-813 ss.; di GRAY in *International and Comparative Law Quarterly*, 2000, a p. 730-736.

(6) ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court*, 1920-1996, vol. II (*Jurisdiction*), The Hague, Boston, London, 1997, p. 1259) chiarisce che possono prospettarsi diverse ipotesi e, di conseguenza, raggrupparsi i 'casi paralleli' in varie categorie, a seconda che si tratti di di un solo attore il quale abbia portato davanti alla Corte casi identici o interconnessi contro due convenuti distinti; oppure si sia di fronte all'opposta situazione di più attori i quali abbiano instaurato più procedimenti identici contro un solo convenuto; infine, da queste due situazioni debbono essere tenuti distinti i casi oggetto di formale riunione da parte della Corte, poiché in quest'ultima ipotesi ci si trova di fronte ad un unico procedimento che condurrà ad un'unica pronuncia. L'A. completa la distinzione con il richiamo alla giurisprudenza relativa alle diverse categorie di casi, annoverando nella prima categoria i casi del *Trattamento in Ungheria di un aereo degli Stati Uniti d'America e del suo equipaggio* (USA contro Repubblica popolare d'Ungheria e Usa contro URSS); dell'*Antartide* (Regno Unito contro Argentina e Regno Unito contro Cile); delle *Azioni armate frontaliere e transfrontaliere* (Nicaragua contro Costa Rica e Nicaragua contro Honduras); e delle *Questioni d'interpretazione e*

In casi del genere si possono porre, come vedremo, delicati problemi di natura processuale, attinenti soprattutto alla corretta applicazione del principio di uguaglianza processuale delle parti rispetto alla composizione del collegio giudicante nei singoli casi, con particolare riferimento ad un'equilibrata rappresentanza in quest'ultimo di giudici della nazionalità degli Stati Parti dei procedimenti « paralleli » (7).

Nessun problema si pone se nessuno degli Stati che si trovi-

---

d'applicazione della Convenzione di Montreal del 1971 risultanti dall'incidente aereo di Lockerbie (Libia contro Regno Unito e Libia contro Stati Uniti). A questa categoria appartengono senz'altro, aggiungiamo noi, anche i casi relativi alla *Liceità dell'uso della forza*. Alla seconda categoria appartengono, per l'A., i casi dell'*Incidente aereo del 27 luglio 1955* (Israele contro Bulgaria; Regno Unito contro Bulgaria e Stati Uniti contro Bulgaria); della *Competenza in materia di peschiere* (Repubblica federale di Germania contro Islanda e Regno Unito contro Islanda); e i casi degli *Esperimenti nucleari* (Australia contro Francia e Nuova Zelanda contro Francia). Per quanto riguarda esempi di casi riuniti, si ricordano quelli del *Sud-ovest Africano* (Etiopia contro Sudafrica e Liberia contro Sudafrica) e quelli relativi alla *Piattaforma continentale del Mare del Nord* (Danimarca contro Paesi Bassi e Danimarca contro Repubblica federale tedesca). A tutte le ipotesi illustrate è applicabile, secondo l'A., l'art. 47 del Regolamento di procedura, che dispone: « The Court may at any time direct that the proceedings in two or more cases be jointed. It may also direct that the written or oral proceedings, including the calling of witnesses, be in common; or the Court may, without effecting any formal joinder, direct common action in any of these respects ». Sull'art. 47 v. anche *infra*, nota (56).

Nella dottrina italiana, l'espressione è utilizzata, ad esempio, da DANIELE, *Le misure cautelari nel processo dinanzi alla Corte internazionale di giustizia*, Milano, 1993, alle pp. 11-14.

L'attuale versione del Regolamento della Corte, adottata il 14 aprile 1978, è in vigore dal 1° luglio 1978 e può leggersi nella raccolta ufficiale dei documenti della Corte: *I.C.J. Acts and Documents*, n. 4, 1978, pp. 92-161; e in ROSENNE (a cura di), *Documents on the International Court of Justice*, 1979; ID., *Documents of the International Court of Justice, First Bilingual Edition*, 1991. Il regolamento è anche pubblicato in rete, nel sito dell'organo, al seguente indirizzo: *http://www.icj-cij.org/www/ibasicdocuments/Basetext/irulesofcourt.html.* Per la dottrina si rinvia a LACHS, *Revised Procedure of the International Court of Justice*, in *Essays on the Development of the International Legal Order in Memory of Haro F. Panhuys*, 1980, p. 21 ss.; OLLERS-FRAHM, *Die Verfahrensordnung des Internationales Gerichtshofes vom 14, April, 1978*, in *AVR*, 1979/80, pp. 309-320; ROSENNE, *Procedure in the International Court. A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, The Hague, Boston, London, 1983; GUYOMAR, *Commentaire du Réglement de la Cour internationale de justice*, Paris, 1983.

(7) ROSENNE, *(The Law and Practice... 1920-1996*, vol. II (*Jurisdiction*) cit. p. 1259), afferma in proposito: « The 'paired' cases pose delicate problems for the

no dalla stessa parte processuale in controversie « parallele » è rappresentato nella Corte da un giudice della sua nazionalità. In questo caso infatti, si applica l'art. 31 dello Statuto, che disciplina l'istituto dei giudici *ad hoc*, e che consente, al suo quinto paragrafo, di considerare come una sola parte, dal punto di vista processuale, tutti gli Stati i quali si ritiene facciano « *causa comune* », intendendo con questa espressione tutti quegli Stati i quali, in ragione dell'identità delle loro conclusioni, si trovino tutti dalla stessa parte processuale, non importa se in qualità di attori o convenuti, né se all'interno di un unico caso o in una pluralità di

---

Court and for its President, *especially as regards the composition of the Bench* » (*ibidem*, corsivo nostro).

Il principio di uguaglianza processuale viene considerato, da autorevole dottrina, « the major principle governing the procedure of the Court » (ROSENNE, *The Law and Practice... 1920-1996*, vol. III (*Procedure*), p. 1092). Dato il fondamento arbitrale della giurisdizione della Corte, la portata del principio nella procedura davanti alla Corte si estrinseca essenzialmente, per l'A., nella necessità di assicurare, in ogni momento, l'assoluta imparzialità dell'organo giudicante per mezzo del riconoscimento ad entrambe le parti delle stesse opportunità di ricorso, degli stessi tempi per la presentazione di memorie, contro-memorie, repliche e controrepliche, di presentazione delle prove, etc. (*ibidem*). Per quel che concerne, più specificamente, l'applicazione del principio di uguaglianza processuale delle parti alla composizione della Corte, esso costituisce il principio informatore delle norme statutarie e regolamentari relative alla disciplina dell'istituto del giudice *ad hoc*, dovendosi in ogni caso assicurare la parità di rappresentanza nel collegio di giudici cittadini di ogni Stato della controversia portata all'attenzione della Corte, come chiarì a suo tempo lo stesso Cancelliere nei casi relativi al Sud-Ovest africano: « ... The right conferred by Article 31 of the Statute (relativo ai giudici *ad hoc*) is an absolute one, which *affects* the composition of the Court and *the equality of the parties*... » (nota tra parentesi e corsivo nostri, in *South West Africa Cases*, XII *Pleadings*, 525 (doc. 25), riportato da ROSENNE, *The Law and Practice... 1920-1996*, vol. II (*Jurisdiction*) cit., p. 1131 e nota 47). Anche SCHLOCHAUER, (voce '*International Court of Justice*' in *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 2, 1995, p. 1084 ss.) ritiene che il principio sia alla base dell'art. 31 dello Statuto relativo ai giudici *ad hoc*: « ... In order to preserve equality in the status of the Parties, the Statute provides that where a judge of the nationality of one of the parties is sitting on the bench, the opposing party may choose an additional judge... » (*ibidem*, p. 1089). V. anche la nota successiva sulla disciplina statutaria dell'istituto dei giudici *ad hoc*. Per la dottrina italiana, BENVENUTI (voce '*Corte internazionale di giustizia*', in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, 1989, p. 241 ss.) ritiene che il caso previsto dall'art. 31 § 2 dello Statuto (relativo alla presenza nella Corte di un giudice cittadino di una delle Parti) risponda « ... all'esigenza di ristabilire l'uguaglianza delle parti in controversia rispetto alla configurazione del collegio... » (*ibidem*, p. 249).

procedimenti 'paralleli' (8). In tal modo è evidente che le due Parti processuali, siano esse costituite da un solo Stato, o da più Stati che però facciano causa comune potranno contare ciascuna sulla nomina di un solo giudice *ad hoc*.

Ove invece la Corte possa contare, quali « membri di diritto », su più giudici cittadini di Stati che si trovino dalla stessa parte processuale all'interno di più procedimenti « paralleli », mentre l'altra parte delle controversie non è rappresentata da un « membro di diritto » della Corte e può quindi contare solo sulla nomina di un giudice *ad hoc*, si crea necessariamente uno squilibrio nella sua composizione. Questo, perché i giudici, in base all'art. 2 dello Statuto, sono eletti senza alcun riguardo per la loro nazionalità e sono perciò inamovibili anche in considerazione del carattere permanente e precostituito dell'organo cui

(8) L'art. 31 dello Statuto disciplina l'istituto dei giudici *ad hoc*, stabilendo, al primo paragrafo, il principio per cui i giudici della nazionalità di ciascuna delle parti possono partecipare alla causa, in deroga alla regola « *nemo judex in causa propria* ». Nelle successive disposizioni si regola il caso della presenza, nel Collegio, di un giudice della nazionalità di solo una delle parti della controversia, riconoscendo l'opportunità, per l'altra parte, di nominarne uno di sua scelta (§ 2); il caso in cui nessuna delle parti possiede nel Collegio un giudice della propria nazionalità (§ 3), (ipotesi che corrisponde ai quattro casi appena richiamati); l'estensione di queste regole ai procedimenti svolti dalla Corte in composizione ristretta (§ 4); il riconoscimento del diritto di voto ai giudici *ad hoc* (§ 6). In relazione alla « *causa comune* » il § 5 dell'art. 31 dello Statuto dispone: « 5. Qualora più parti facciano causa comune, esse devono considerarsi, ai fini delle precedenti disposizioni, come costituenti una sola parte. In caso di dubbio riguardo a questo punto, la Corte decide ». L'art. 31 è completato dalle norme relative ai giudici *ad hoc* contenute nel Regolamento di procedura, agli artt. 7, 8, 17 § 2, 35, 36, 37, 91 § 2 e 102 § 3. Sull'istituto dei giudici *ad hoc* in generale v.: ROSENNE, *The Composition of the Court*, in GROSS (ed.), *The Future of the International Court of Justice*, New York, 1976, p. 377 ss. specie p. 400 ss.; ID., *The Law and Practice of the lnternational Court*, II ed., Dordrecht, Boston, Lancaster, 1985, pp. 202 ss.; ID., *The Law and Practice of the International Court 1920-1996* cit., vol. III (*Procedure*), p. 1123 ss. e ID., *Procedure in the International Court. A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, cit., in particolare il commento agli artt. 7 e 8 (*ibidem*, p. 26-29); art. 35, 36 e 37 (*ibidem*, pp. 85-90); e GUYOMAR, *Commentaire du Réglement de la Cour internationale de justice*, Paris, 1983. Per quanto riguarda la relazione tra il riconoscimento di una 'causa comune' e la nomina di giudici *ad hoc* in 'casi paralleli' (art. 31 § 5 dello Statuto), e per il criterio utilizzato dalla Corte ai fini dell'individuazione di una 'causa comune', si rinvia *infra*, ai parr. 4 e 5. In nota (55) è approfondita la questione dell'assenza di norme statutarie circa la nomina dei giudici *ad hoc* nel processo cautelare.

appartengono (9). Solo il ricorso all'istituto della nomina di più giudici *ad hoc* per la controparte sottorappresentata potrebbe riequilibrare la situazione all'interno dei vari collegi giudicanti i casi « paralleli » (10).

Tali problemi si sono effettivamente posti nei dieci procedimenti qui esaminati, dove la Iugoslavia, Stato attore, aveva presentato dieci distinte domande e contestuali richieste ai sensi dell'art. 41 dello Statuto, contro dieci diversi Stati, tutte originate dallo stesso fatto, (l'intervento militare di questi ultimi contro il suo territorio) ad una Corte composta di ben cinque giudici cittadini degli Stati intervenienti che sedevano quali « membri di diritto » nel collegio che avrebbe dovuto pronunciarsi nei dieci casi (11).

I problemi sollevati da questa situazione e la loro soluzione da parte della Corte hanno influenzato, a nostro avviso e come cercheremo di chiarire nelle pagine che seguono, le decisioni di rigetto delle richieste iugoslave (12).

Prima di procedere con l'indagine, ci sembra opportuno ricordare le ragioni delle richieste iugoslave (13), e i motivi del loro rigetto da parte della Corte (14), in quanto utili presupposti per una migliore comprensione dell'analisi critica del procedimento, che sarà svolta successivamente, e che avrà ad oggetto, da una parte, il mancato riconoscimento da parte della Corte di una « *causa comune* » tra i dieci Stati convenuti ed i suoi riflessi sulla corretta applicazione del principio di uguaglianza processuale rispetto alla nomina dei giudici *ad hoc* in quattro dei dieci

---

(9) V. in proposito quanto diremo *infra*, nota (71), sull'antinomia tra lo Statuto ed il Regolamento rispetto al problema qui solo accennato.

(10) Il punto è approfondito nel para. 5 dove si riporta e si commenta l'opinione del giudice iugoslavo *ad hoc* KREÇA annessa ad ognuna delle ordinanze del 2 giugno 1999.

(11) Oltre al Presidente della Corte, giudice SCHWEBEL, cittadino statunitense, il collegio giudicante i dieci casi si componeva, tra gli altri, dei giudici HIGGINS (Regno Unito); GUILLAUME (Francia); KOOIJMANS (Paesi Bassi) e FLEISHHAUER (Germania). Un sesto giudice poi, apparteneva ad un altro Stato Membro della NATO, l'Ungheria, che però non aveva partecipato all'intervento.

(12) Si rinvia alle Conclusioni.

(13) Esaminate nel paragrafo che segue.

(14) Esaminati nel paragrafo 3.

procedimenti qui analizzati (15); dall'altra, la possibile violazione del principio di uguaglianza processuale per effetto della radiazione di due dei casi dal Ruolo Generale della Corte (16)

2. Come accennato in precedenza, le domande principali e le richieste iugoslave alla Corte traevano tutte origine dall'intervento militare effettuato da dieci Stati occidentali contro il territorio della ricorrente, giustificato dagli Stati intervenienti soprattutto su ragioni umanitarie. Non è in questa sede possibile dar conto dei contributi della dottrina al dibattito relativo alla liceità degl'interventi umanitari « unilaterali » in generale, dato il numero e nonostante il loro sicuro interesse (17). Ci limitiamo

---

(15) Iugoslavia contro Belgio; Iugoslavia contro Canada; Iugoslavia contro Italia e Iugoslavia contro Spagna: il punto è approfondito nei §§ 4 e 5 di questo lavoro.

(16) Iugoslavia contro Spagna e Iugoslavia contro Stati Uniti, su cui rinviamo al para. 6.

(17) Sulla liceità dell'intervento umanitario nel diritto internazionale la letteratura è vastissima. In questa sede, ci si limitasa rinviare alle ricostruzioni dottrinali e alle ampie bibliografie contenute in RONZITTI, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, II ed., Torino, 2001, p. 48 s.; ID., *Uso della forza ed intervento d'umanità*, in *NATO, Conflitto in Kosovo e Costituzione italiana* (a cura dell'A.), Milano, 2000, p. 1 ss.; PICONE, *La « guerra del Kosovo » e il diritto internazionale*, in *Riv. Dir. Int.*, 2000, cit., pp. 338-343 e, per la bibliografia, a soprattutto note (77) a p. 337; (79) a p. 338 e (92) p. 341. V. anche IOVANE, *La tutela dei valori fondamentali nel diritto internazionale*, Napoli, 2000, pp. 448 ss. Si vedano anche le rassegne della prassi relativa ai casi d'intervento umanitario illustrate da FOCARELLI, *Le contromisure nel diritto internazionale*, Milano, 1994, p. 229 ss.; RONZITTI, *Rescuing Nationals Abroad through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, Dordrecht, 1985, e, più di recente, in *Uso della forza e intervento d'umanità*, cit., alle pp. 6-12; e alle pp. 437-448. Per giustificare la liceità dell'intervento d'umanità, si è proposta anche la tesi dello « stato di necessità » inteso in senso lato, intendendo cioè ricompreso nel concetto di « interesse essenziale » da salvaguardare, non solo quello diretto dello Stato, ma anche l'interesse appartenente alla Comunità internazionale nel suo complesso: per questa opinione v. soprattutto LATTANZI, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, Milano, 1983, pp. 465-467; ID., *Assistenza umanitaria ed intervento d'umanità*, Torino, 1997, pp. 97 ss.; DELBRÜCK, *Effektivität des UN-Gevaltverbots*, in LUTZ, (Hrsg.), *Der Kosovo-Krieg*, Baden-Baden, 1999, p. 24. Lo 'stato di necessità' è stato invocato dal Belgio, in via subordinata rispetto alla giustificazione basata sul carattere umanitario dell'intervento (*supra*, in nota (3)) ed a quella che lo voleva fondato implicitamente su alcune risoluzioni del Consiglio di Sicurezza (sul punto v. oltre, in nota (19)), nel relativo caso sulla *Liceità dell'uso della forza*: si rinvia sul punto,

perciò a segnalare i maggiori orientamenti degli studiosi sulla liceità per il diritto internazionale generale dell'intervento di alcuni degli Stati NATO, che si era voluto caratterizzare come « umanitario » in quanto vòlto, nell'intenzione dei suoi autori, a risolvere la grave situazione d'emergenza umanitaria determinatasi in Kossovo soprattutto tra il 1998 ed il 1999 (18). Le principali correnti di opinione possono sintetizzarsi come segue.

Buona parte della dottrina ha considerato l'intervento contro la RFI illecito per il diritto internazionale e per la Carta ONU, sul presupposto del principio dell'illiceità di ogni intervento armato, anche se a carattere umanitario, ove non autoriz-

---

all'intervento orale dell'agente belga registrato in *VR/99/15*, nel sito della Corte cit. in nota (3).

(18) La liceità dell'intervento NATO contro la Iugoslavia è stata dibattuta anche sotto il profilo del diritto interno. Per quanto riguarda il dibattito dottrinale dei costituzionalisti italiani, esso risulta troppo ampio per poterne dar compiuto conto in questa sede. Si vedano, per tutti, i contributi di DE VERGOTTINI, *La Costituzione e l'intervento NATO nella* ex *Jugoslavia*, in *Quaderni costituzionali*, 1999, p. 12 ss.; e quelli di CARLASSARE, *Costituzione italiana e partecipazione ad operazioni militari*, e di PINELLI, *Argomenti e posizioni nel dibattito dei costituzionalisti sulla guerra del Kosovo*, pubblicati entrambi in RONZITTI (a cura di), *NATO, conflitto in Kosovo e Costituzione italiana*, Milano, 2000, rispettivamente alle pp. 157 ss. e 193 ss., cui si rinvia anche per ulteriori riferimenti bibliografici. Anche la giurisprudenza interna si è trovata a dover affrontare il tema della liceità dell'intervento Nato: si rinvia, tra le altre, alla sentenza dell'*Arrondissementrechtbank* dell'Aja (Tribunale di primo grado) del 7 aprile 1999, con la quale si rigettava la richiesta di ordinare l'immediato ritiro dei Paesi Bassi dalla partecipazione ai bombardamenti NATO, presentate da alcuni soldati serbi richiamati in servizio per difendere il Kosovo. Il tribunale basava il motivo del rigetto sul fatto che, nonostante la diretta applicabilità dei principi che vietano l'uso della forza ed il non intervento negli affari interni degli Stati; nonostante, inoltre, il riconoscimento dell'esistenza, da parte del tribunale, dell'imminente pericolo di vita dei soldati serbi, i bombardamenti non potevano essere considerati senz'altro illeciti: si rinvia al commento di C. HOLN, *Zur Rechtmässigkeit der NATO — Luftangriffe im Kosovo — Konflict — Anmerkung zum Urteil der Arrondissementsrechtbank's — Gravenhäge vom 7. April 1999*, in *ZaöRV*, 1999, p. 863-875. Si veda inoltre la sentenza del *Tribunale penale distrettuale* di Belgrado, del 21 settembre 2000, nel procedimento contro W. Clinton e altri, (pubblicato in *Riv. Coop. Giur. Int.* 2001, p. 179 ss. con nota di A. BERNARDINI a p. 186 ss.), dove invece il tribunale si rifà, nella motivazione, alla violazione dei princìpi della Carta delle Nazioni Unite, soprattutto dell'art. 2 § 4, (anche se i riferimenti utili alla pronuncia sono a norme interne di diritto penale sostanziale e processuale), per condannare quattordici individui — organi di quattro Stati (Gran Bretagna, Germania, Francia e Stati Uniti), a pene detentive di venti anni ciascuna.

zato espressamente dal Consiglio di Sicurezza (19), pur distinguendosi posizioni più e meno radicali (20).

---

(19) L'intervento contro la Iugoslavia, come è noto, non è mai stato espressamente autorizzato dal Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite, il quale ha però esercitato un certo ruolo nella controversia, sia prima dell'azione armata che nella fase successiva alla fine dei bombardamenti. Si vedano, in relazione alla fase precedente l'intervento NATO: le risoluzioni n. 1160 *del 31 marzo 1998 con cui si decide l'embargo sull'invio delle armi alla repubblica federale di Iugoslavia, incluso il Kosovo*, (in *Riv. Dir. Int.*, 1998, p. 574 ss.); la n. 1199 *del 23 settembre 1998 con cui si chiede la cessazione delle ostilità nel Kosovo* (in *Riv. Dir. Int.*, 1999, p. 293 ss.); la n. 1203 *del 24 ottobre 1998 sulle missioni OSCE e NATO di verifica del rispetto delle risoluzioni 1160 (1998) e 1199 (1998) relative al Kosovo* (in *Riv. Dir. Int.*, 1999, p. 296 ss.). Successivamente, ad intervento terminato, il Consiglio di Sicurezza è nuovamente intervenuto nella vicenda con una nuova risoluzione, la n. 1244 *del 10 giugno 1999 sui principi da applicare nella soluzione politica della crisi nel Kosovo* (in *Riv. Dir. Int.*, 1999, p. 863 ss.).

Nessuna delle citate risoluzioni contiene, stando alla maggioranza della dottrina, la necessaria autorizzazione all'intervento da parte del Consiglio di Sicurezza. Gli autori si pronunciano in modo pressoché unanime sull'illegittimità dell'intervento NATO alla luce del diritto internazionale e della Carta ONU, proprio per la mancanza di una tale autorizzazione, in considerazione dello stretto legame tra i due ordinamenti costituito dal divieto cogente di uso della forza temperato solo dall'eccezione della legittima difesa e dell'intervento armato autorizzato dal Consiglio di Sicurezza. Nella dottrina italiana, si vedano i seguenti autori: CONFORTI, *Nazioni Unite, NATO e crisi del Kosovo*, in *Rendiconti morali*, Accademia dei Lincei, Serie IX, vol. X, Roma, 1999, p. 481 ss.; ID., *Le Nazioni Unite*, VI ed., Padova, 2000, p. 227; STARACE, *L'azione militare della NATO contro la Iugoslavia secondo il diritto internazionale*, in *Philosophy of the Human Rights*, 1999, p. 36 e ss.; RONZITTI, *Raids aerei contro la Repubblica federale di Iugoslavia e Carta delle Nazioni Unite*, in *Riv. Dir. Int.*, 1999, p. 476 ss.; ID., *Lessons of International Law from NATO's Armed Intervention Against the Federal Republic of Yugoslavia*, in *International Spectator*, 1999, no. 3, p. 45 ss.; ID., *Uso della forza e intervento di umanità*, in *NATO, conflitto in Kosovo e Costituzione italiana*, cit., p. 16 e p. 25; FRANCIONI, *Of War, Humanity and Justice: International Law After Kosovo*, in *Max Plank UN Year Book*, 2000, p. 107 ss.; SPINEDI, *Uso della forza da parte della NATO in Iugoslavia e diritto internazionale*, in *Quaderni forum*, 1999, fasc. 3, p. 23 ss.; PINELLI, *Sul fondamento degli interventi armati a fini d'umanità*, in *Democrazia e diritto*, 1999, p. 78 ss.; IOVANE, *La tutela dei valori fondamentali nel diritto internazionale*, cit., p. 456-457; VILLANI, *La guerra del Kosovo: una guerra umanitaria o un crimine internazionale?*, in *Volontari e terzo mondo*, 1999, p. 30; GIARDINA, *La Carta straccia delle Nazioni Unite*, in *Il Manifesto, Inserto speciale*, 12 giugno 1999. Nella dottrina straniera SIMMA, *NATO, the UN and the Use of Force: Legal Aspects*, in *European Journal of International Law*, 1999, p. 11; CHARNEY, *Anticipatory Humanitarian Intervention in Kosovo*, in *American Journal of International Law*, 1999, pp. 840; HENKIN, *Kosovo and the Law of « Humanitarian Intervention », ibidem*, p. 826; SCHREUER, *Is There a Legal Basis for the NATO Intervention in Kosovo?*, in

Altri, pur pronunciandosi in principio per l'esistenza di un forte *trend* a favore dell'ammissibilità dell'intervento umanitario nel diritto internazionale generale, in quanto reazione ammessa, a certe condizioni, in presenza di gravissime violazioni di obblighi cd. *erga omnes* che integrino casi di crimini internazionali (21); o considerando che l'istituto dell'intervento per motivi d'umanità si ponga oggi ai confini tra il lecito e l'illecito nel diritto internazionale (22), hanno comunque ritenuto illecito l'intervento dei Paesi NATO in Iugoslavia in quanto non necessa-

---

International Law Forum, 1999, p. 152; NEUHOLD, *Collective security After « operation Allied Force », ibidem*, p. 124 ss.; GRAY, *The legality of NATO's military action in Kosovo: is there a right of humanitarian intervention?* in *International Law in the Post-Cold War — Essays in memory of Li Haopei*, London, New York, 2001, p. 240 ss. Anche chi ha preso posizioni diverse, considerando l'intervento umanitario lecito oppure oggetto di una norma in via di formazione, ha tuttavia sostenuto la tesi della sua illegittimità alla luce della Carta: v. in tal senso CASSESE, Ex iniuria jus oritur: *Are We Moving towards International Legitimation of Forcible Humanitarian Countermeasures in the World Community?*, in *European Journal of International Law*, 1999, cit., p. 25 e MOMTAZ, *NATO's « humanitarian intervention » in Kosovo and the prohibition of the use of force*, in *International Review of the Red Cross*, 2000, p. 89 ss. a p. 93 ss..

(20) Alcuni Autori si sono espressamente pronunciati per il carattere aggressivo dell'intervento: tra questi VILLANI, *La guerra del Kosovo: una guerra umanitaria o un crimine internazionale?*, in *Volontari e terzo mondo*, 1999, p. 30; BERNARDINI, *Una guerra contro i popoli e contro il diritto*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 1998, p. 33 ss.; STARACE, *L'azione militare della NATO contro la Iugoslavia secondo il diritto internazionale*, in *Philosophy of the Human Rights*, 1999, p. 36 e ss.; ID., *L'intervento NATO in Jugoslavia*, in *Sud-EUROPA*, 1999, p. 1 ss. Altri, invece, pur condannandolo come illecito per il diritto internazionale, ne hanno ora escluso il carattere aggressivo in considerazione dello scopo umanitario che escluderebbe ogni possibilità di configurarlo come aggressione (RONZITTI, *Raids aerei contro la Repubblica federale di Iugoslavia e Carta delle Nazioni Unite*, in *Riv. Dir. Int.*, 1999, p. 480); ora considerato, sempre tenendone presente il fine umanitario, come un illecito uso della forza *minoris generis* (SIMMA, *NATO, the UN and the Use of Force...*, cit., p. 6 ss.).

(21) PICONE, *La « guerra del Kosovo » e il diritto internazionale*, cit. specie pp. 337-343; e, sia pure in misura diversa, ZAPPALÀ, *Nuovi sviluppi in tema di uso della forza armata in relazione alle vicende del Kosovo*, in *Riv. Dir. Int.*, 1999, p. 975 ss., e DE SENA, *Uso della forza a fini umanitari, intervento in Jugoslavia e diritto internazionale*, in *Ragion Pratica*, 1999, p. 150 ss.

(22) CASSESE, Ex iniuria jus oritur: *Are We Moving...*, in *European Journal of International Law*, 1999, cit., p. 23 ss. dove l'A. enumera possibili condizioni di liceità dell'intervento umanitario (*ibidem*, p. 27), e ID., *A Follow-Up: Forcible Humanitarian Countermeasures and opinio Necessitatis*, in *Riv. ult. cit.*, 1999, p. 791 ss. dove l'A. riconosce che allo stato attuale non è ancora possibile riconoscere una

rio (23) e/o in ragione del suo carattere sproporzionato rispetto al fine (umanitario!) che si proponeva di conseguire (24). Altri autori ancora hanno ritenuto lecito l'intervento in considerazione della preponderanza della tutela dei diritti umani in situazioni di emergenza umanitaria su ogni altra regola, anche cogente, di diritto internazionale (25) o della sostanziale anche se non

---

liceità dell'intervento umanitario per mancanza dell'elemento soggettivo della costituenda norma consuetudinaria; TOMUSCHAT, *Völcherrechtliche Aspekte des Kosovo-Konflikts*, in LUTZ (Hrsg.), *Der Kosovo-Krieg*, cit., p. 35. Segnaliamo a parte l'opinione di FRANCIONI, (*Of War, Humanity and Justice: International Law After Kosovo*, in *Max Plank UN Year Book*, 2000 cit.) il quale distingue tra « legality » ossia la liceità dell'intervento NATO *de lege lata*, escludendola tanto alla luce della Carta (*ivi*, p. 114-116) che del diritto internazionale generale (p. 116-117); e la sua possibile « legitimacy » ossia una sua legalizzazione *de lege ferenda*, alla luce dei più vasti concetti di giustizia e di « international public policy ». Secondo l'A., in prospettiva, una legalizzazione dell'intervento umanitario basato su ragioni imperative di giustizia — dato l'alto grado di soggettività che caratterizza questo concetto —, non può prescindere dal *test* di una sua ampia legittimazione che riposi nel singolo caso concreto su parametri il più possibile oggettivi in modo tale che l'intervento risulti del tutto affrancato da sospetti di esercizio arbitrario di potere e di « Realpolitik ». L'A. si rifà a princìpi generali più che a parametri specifici, quali: la necessità imperativa dell'intervento (intesa come assenza assoluta di ogni possibile alternativa), la coerenza « etica » dei suoi autori (non contraddizione dello Stato interveniente tra la rivendicazione di azioni a fini umanitari e il rispetto dei diritti umani nell'esercizio del proprio potere di governo) e proporzionalità tra il fine umanitario e la forza utilizzata per raggiungerlo. L'A. applica il *test* all'intervento armato in Iugoslavia, ritenendo che esso non sostenga nessuno dei tre criteri proposti (ID., *ibidem*, pp. 119 ss. e *infra*, nota (35) dove si espongono le ragioni dell'A. rispetto all'assenza del requisito della necessità). Per il ricorso a princìpi di carattere generale, piuttosto che a liste dettagliate di criteri di legittimità dell'intervento umanitario, si pronuncia, oltre FRANCIONI, anche PICONE, (*La « guerra del Kosovo » e il diritto internazionale*, cit.), il quale pensa al principio della buona fede dello scopo umanitario, dell'assolutà necessità dell'intervento, della proporzionalità, e dell'effetto utile cui fare riferimento per valutare, caso per caso, la legittimità d'interventi umanitari in ragione delle loro modalità di attuazione (*ibidem*, p. 345).

(23) In questo senso si pronunciano, nella dottrina italiana, FRANCIONI, *Of War, Humanity and Justice: International Law After Kosovo*, in *Max Plank UN Year Book*, 2000, p. 119 s., e, nella dottrina straniera, CHARNEY, *Anticipatory Humanitarian Intervention in Kosovo*, in *American Journal of International Law*, 1999, p. 834 ss. a p. 841.

(24) Tutti gli autori citati nelle note precedenti.

(25) Nella dottrina straniera: GLENNON, *The New Interventionism. The Search for a Just International Law*, in *Foreign Affairs*, 78, 1999, pp. 2 ss.; WEDGWOOD, *NATO's Campaign in Yugoslavia*, in *American Journal of International*

formale conformità dell'intervento alla Carta delle Nazioni Unite (26).

Posta questa premessa, occorre ricordare che le domande iugoslave, a dispetto del titolo della controversia, — così come iscritto nel Ruolo Generale della Corte, e che faceva riferimento alla violazione del solo divieto relativo all'uso o alla minaccia della forza —, affermavano l'esistenza di tutta una serie di violazioni, imputabili agli Stati NATO intervenienti, e relative ai più importanti princìpi del diritto internazionale, compreso il settore « bellico umanitario » (27).

La richiesta di misure cautelari, dal canto suo, riproduceva pedissequamente nel paragrafo introduttivo, intitolato « *Reasons* », le violazioni contestate nella domanda principale (28), chiedendo alla Corte di ordinare allo Stato di volta in volta convenuto nei singoli casi « paralleli », l'immediata cessazione degli atti di forza e l'astensione, per il futuro, da ogni minaccia o uso della forza, contro la RFI (29).

Le domande iugoslave e le discussioni oggetto degli inter-

Law, 1999, p. 828 ss. Nella dottrina italiana condivide questa tesi ZANGHÌ, *Il Kosovo fra Nazioni Unite e diritto internazionale*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 1998, p. 57 ss.

(26) SOFAER, *International Law and Kosovo*, in *Stanford Journal of International Law*, 2000, p. 1 ss. che, più in generale, sostiene la tesi per cui il diritto intemazionale deve servire gli scopi della Carta ma resterebbe slegato da formalismi procedurali (leggi: autorizzazioni del Consiglio di Sicurezza), che impediscono in concreto il conseguimento di quegli obiettivi, primo tra tutti la tutela dei diritti umani (p. 20-21).

(27) Nella domanda nei confronti del Belgio: alla voce « *Subject of the dispute* » si legge: « ... The subject-matter of the dispute are acts of the Kingdom of Belgium by which it has violated its international obligation *banning the use of force* against another State, the obligation *not to intervene in the internal affairs* of another State, the obligation *not to violate the sovereignty* of another State, the obligation *to protect the civilian population and civilian objects in wartime*, the obligation to *protect the environment*, the obligation relating *to free navigation on international rivers*, the obligation regarding *fundamental human rights and freedoms*, the obligation *not to use prohibited weapons*, the obligation *not to deliberately inflict conditions of life calculated to cause the physical destruction of a national group...* » (corsivo nostro) in: *http://www.icj-cij.org* citato. Identico paragrafo si trova in tutte le domande contro gli altri nove Stati della NATO, Italia compresa, presentate dalla RFI. Le dieci domande concludono tutte con la richiesta di riparazione dei danni causati dall'intervento.

(28) Cfr. la nota precedente.

(29) Le dieci richieste della RFI, tutte simili, sono così costruite: in un pa-

venti orali delle Parti davanti alla Corte, ponevano in luce il grande contrasto di posizioni dei diversi Stati rispetto ai fatti delle controversie portate all'attenzione della Corte ed alle conseguenze giuridiche che da quei fatti era possibile ricavare (30).

Opposta era, tanto per cominciare, la qualificazione giuridica che dell'intervento armato davano l'attrice e i convenuti rispetto alla *violazione del principio che vieta la minaccia e l'uso della forza armata* (31).

Si potevano rilevare ancora posizioni contrastanti tra attore e convenuti sulla delicata questione dell'individuazione dei soggetti legittimati a reagire contro gravi violazioni del diritto internazionale. Sotto quest'ultimo profilo, la legittimità dell'azione, contestata dalla RFI sulla base dell'assenza di autorizzazione da parte del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite (32), era in-

---

ragrafo preliminare si enunciano in sintesi le ragioni della richiesta, e si passa subito all'enumerazione degli effetti dei singoli bombardamenti con il bilancio delle vittime e dei danni subìti; nella parte finale, intitolata « requested measures », si chiede alla Corte di ordinare il 'cessate il fuoco' ossia i bombardamenti a tappeto da parte degli Stati NATO contro il territorio e la popolazione iugoslavi: vedile all'indirizzo di rete della Corte cit.

(30) Per l'esposizione delle tesi dei vari Stati si rinvia ai verbali degli interventi presentati durante la fase orale del procedimento davanti alla Corte, svoltasi dal 10 al 12 maggio 1999: *International Court of Justice — Year 1999 — Public Sitting Verbatim Records da 99/14 a 99/35*, pubblicati nel sito della Corte cit. *supra* in nota (3).

(31) Mentre la Iugoslavia (Serbia e Montenegro) faceva riferimento a casi di *aggressione*, e quindi al più grave dei crimini contro la pace previsti dal diritto internazionale generale, e ad atti di genocidio, ossia al più grave dei crimini contro l'umanità; la qualificazione dell'atto di forza proposta dai convenuti insisteva sul carattere necessario e/o umanitario e perciò lecito dell'intervento. Per la posizione iugoslava, si rinvia al *VR 99/14* del 10 maggio 1999 cit., p. 18 ss., specie p. 30 ss. dove si riportano le posizioni della dottrina contrarie all'intervento d'umanità; e *VR 99/25* del 12 maggio 1999, p. 11-15. Per la posizione degli altri Stati, v. in particolare quella dell'agente italiano LEANZA, il quale, come il suo collega tedesco, sostiene la tesi per la quale ogni accusa di genocidio nei confronti degli Stati intervenienti sarebbe priva di fondamento, in considerazione della causa che spinse i vari Stati a ricorrere alla forza contro la parte attrice: le gravi accuse di aver essa stessa permesso la commissione di atti di genocidio sul suo territorio: v., per la posizione italiana, il *VR 99/19* dell'1 maggio 1999, p. 10; per la posizione tedesca, v. *VR 99/18* dell'11 maggio 1999, p. 6-7.

(32) *Supra*, p. 856 e nota (19). La RFI, sostenuta dalla Federazione russa, dalla Bielorussia, dall'Ucraina, da Cuba, dalla Cina e dall'lndia, ha sempre contestato, davanti al Consiglio di Sicurezza, la legittimità dell'intervento sul presuppo-

vece vigorosamente sostenuta dai convenuti, quanto alla sua conformità al diritto internazionale generale ed alla Carta delle Nazioni Unite, sulla base del fatto che una legittimazione ad agire a favore degli Stati NATO si poteva ricavare, addirittura implicitamente, dalle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza nn. 1199 (1998) e 1203 (1998), riecheggiando così una prassi già utilizzata da alcuni degli Stati intervenienti, oggi come in passato, per giustificare interventi armati umanitari privi di autorizzazione dell'organo (33).

Anche in relazione all'altra faccia della medaglia, ossia al principio — complementare al divieto appena ricordato —, che prescrive *la pacifica risoluzione delle controversie internazionali*, altrettanto evidente risultava la differente posizione delle due Parti.

La RFI riteneva che gli Stati NATO avessero violato il principio in questione ed il suo *corollario, l'obbligo di negoziare in buona fede*, sotto due profili. Da un lato, essi avevano imposto,

---

sto del suo carattere unilaterale, e quindi sulla mancata legittimazione ad agire, in mancanza di un'autorizzazione del Consiglio di Sicurezza, degli Stati NATO. Per la posizione iugoslava davanti alla Corte, si veda il verbale relativo al primo turno d'interventi orali (*VR 99/14*); per le posizioni degli Stati in seno al Consiglio di Sicurezza delle NU si rinvia a ZAPPALÀ, *Nuovi sviluppi in tema di uso della forza armata in relazione alle vicende del Kosovo*, in *Riv. Dir. Int.*, 1999, cit. a p. 979 e GRAY, *The legality of NATO's military action in Kosovo...*, in *Essays Li Haopei*, cit. a p. 245 ss.

(33) La prassi precedente l'azione NATO in Iugoslavia conosce infatti episodi di interventi armati che si pretendeva di giustificare sulla base di implicite autorizzazioni del Consiglio di Sicurezza: v. ad es. il caso dei numerosi interventi contro l'Iraq, effettuati da alcuni Stati occidentali per proteggere corridoi umanitari a favore della popolazione curda stanziata nel Nord Iraq e che si voleva fondati implicitamente sulla Ris. 688 (1992), o il caso dei i bombardamenti anglo-americani del 16-19 dicembre 1998, giustificati per l'inosservanza irachena al regime d'ispezioni ONU instaurato dalla Ris. 687 (1991) per controllare il rispetto del programma di disarmo iracheno, e che si pretendeva fondati implicitamente sulla Ris. 1205 (1998). V. GRAY, *After the Ceasefire: Iraq, the Security Council and the Use of Force*, in *British Year Book of International Law*, 1994, p. 135 ss.; ID., *The legality of NATO's military action in Kosovo*, in *Essays Li Haopei*, cit., p. 253 e nota (32); LABEL, RATNER, *Bypassing the Security Council: Ambiguous Authorizations to Use Force, Cease-fires and the Iraqi Inspection Regime,* cit., p. 130 ss.; RONZITTI, *Raids aerei* cit., in *Riv. Dir. Int.*, 1999; VILLANI, *La nuova crisi del Golfo e l'uso della forza contro l'Iraq*, in *Riv. Dir. Int.*, 1999, p. 451 ss.; e CORTEN, DUBUISSON, *L'hypothèse d'une règle émergente fondant une intervention militaire sur une « autorisation implicite » du Conseil de Sécurité*, cit., p. 873 ss.

con la minaccia dell'uso della forza, la firma dei cosiddetti accordi di Rambouillet, violando in tal modo non solo il principio di pacifica soluzione delle controversie, ma anche il diritto internazionale generale e convenzionale in materia di trattati conclusi sotto minaccia o uso della forza (34). Dall'altro, gli stessi Stati avevano cercato d'imporne un contenuto inaccettabile sotto il profilo del rispetto della sovranità territoriale iugoslava, pure affermato nel progetto di accordo: in tal modo era da ritenersi violato l'obbligo di negoziare in buona fede (35).

---

(34) Com'è noto, l'ordine di attivazione NATO che dette inizio all'intervento fu la diretta conseguenza del rifiuto da parte delle autorità serbe e iugoslave di accettare l'*ultimatum* posto dalla NATO di procedere alla firma di quegli accordi pena l'uso della forza. La minaccia, come non mancava di sottolineare l'agente iugoslavo (in *VR/99/14* cit., p. 31 ss.) violava l'art. 52 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, norma codificatoria di una consuetudine, che dispone la nullità dei trattati conclusi dietro minaccia dell'uso o uso della forza, in quanto in contrasto con i princìpi del diritto internazionale e della Carta delle Nazioni Unite. II caso aveva dei precedenti proprio nella crisi iugoslava: nel 1998 la NATO aveva minacciato infatti la lugoslavia di ricorrere all'uso della forza ove quest'ultima non avesse firmato due accordi che permettevano, il primo, il sorvolo dello spazio aereo iugoslavo da parte di aerei NATO; il secondo, l'ingresso in territorio iugoslavo di una missione OSCE di verifica delle condizioni dei diritti dell'uomo in Kosovo. Gli accordi furono quindi conclusi nell'ottobre 1998 e successivamente incorporati in una Risoluzione del Consiglio di Sicurezza, la n. 1203 del 24 ottobre 1998 (citata *supra*, in nota 19). In dottrina, RONZITTI, (*Raids aerei*, cit., in *Riv. Dir Int.*, 1999), sottolinea come tale risoluzione: « ...confermava accordi la cui validità avrebbe potuto essere messa in dubbio, essendo stati conclusi sotto la minaccia della forza... » (*ibidem*, p. 477).

(35) Per la posizione iugoslava: *VR 99/14* del 10 maggio 1999, pp. 21-22, dove si sottolinea il carattere inaccettabile delle proposte del cd. Gruppo di contatto in ragione del grave attentato alla sovranità iugoslava derivante dai termini di alcune disposizioni — chiave dell'accordo; ma soprattutto si evidenzia il fatto che, a provare la buona fede iugoslava di raggiungere un accordo, fu presentata una controproposta che però non fu neppure presa in considerazione; e *VR 99/25* del 12 maggio 1999, p. 25. Per il testo del progetto degli accordi di Rambouillet, e gli altri documenti rilevanti si rinvia a WELLER, *The Crisis in Kosovo 1989-1999. From the Dissolution of Yugoslavia to Rambouillet and the outbreak of Hostilities*, vol. I, Cambridge, 1999.

In dottrina FRANCIONI, (*Of War, Humanity and Justice*, cit. in *Max Plank UN Year Book*, 2000) ritiene non completamente assolti da parte occidentale tutti i tentativi di giungere ad una soluzione pacifica della crisi, e perciò non applicabile al caso concreto la possibile giustificazione del conseguente intervento armato, fondata sul criterio della sua assoluta necessità in assenza di soluzioni alternative. Ciò a causa dei termini degli accordi di Rambouillet, considerati dall'A. inaccetta-

Gli Stati NATO, dal canto loro, accusavano la Parte attrice del fallimento della possibilità di soluzione pacifica della questione del Kossovo, fallimento determinato dal rifiuto da parte serba, di ottemperare alle risoluzioni del Consiglio di Sicurezza sul Kossovo prima, e di firmare gli accordi di Rambouillet del 23 febbraio 1999 poi. In tal modo si poteva considerare violato, da parte della Iugoslavia, l'obbligo di negoziare in buona fede, corollario di quello di pacifica soluzione delle controversie internazionali (36).

Ai fini della dimostrazione del necessario collegamento tra diritti oggetto della domanda principale e diritti dei quali si chiedeva la protezione in via cautelare, la Iugoslavia, — nelle sue osservazioni orali —, aveva tenuto a sottolineare la presenza, nei casi in esame, dei requisiti che la giurisprudenza della Corte ha elaborato perché possa accogliersi una richiesta di misure cautelari (37), chiedendo come misura il « cessate il fuoco » e l'asten-

---

bili per la Iugoslavia, sia sotto il profilo formale (in quanto imposti dietro minaccia dell'uso della forza); sia sotto quello sostanziale, in relazione a quelle disposizioni che, oltre ad imporre un'occupazione militare completa del Kosovo da parte della NATO, riconoscevano la possibilità di accedere in ogni altra parte del Paese a discrezione di quest'ultima organizzazione; l'attribuzione al comando NATO in via esclusiva del potere d'interpretazione delle disposizioni di attuazione di tali accordi; per finire con la previsione, dopo tre anni dall'entrata in vigore del patto, della convocazione di una conferenza internazionale che avrebbe dovuto decidere circa l'assetto politico definitivo della provincia autonoma: disposizione che avrebbe potuto aprire la strada ad un'interpretazione favorevole ad un *referendum* sull'indipendenza del Kosovo (*ibidem*, p. 119 e *supra*, nota 22). Sul punto v. anche WELLER, *Enforced Negotiations: The Threat and Use of Force to Obtain an International Settlement for Kosovo*, in *International Peacekeeping*, 1999, p. 4 ss.

(36) Per la posizione di quegli Stati convenuti che, in modo esplicito o implicito, hanno contestato alla RFI la violazione dell'obbligo di negoziare a causa del suo rifiuto di firmare gli accordi di Rambouillet: v. *VR 99/15* del 10 maggio 1999, p. 7 (Belgio); *VR 99/16* del 10 maggio 1999, p. 11-12 (Canada); *VR 99/20* dell'11 maggio 1999, p. 9 (Paesi Bassi); *VR 99/21* dell'11 maggio 1999, p. 9 (Portogallo); *VR 99/24* dell'11 maggio 1999 (USA), p. 6.

(37) *VR 99/14* del 10 maggio 1999. I requisiti, richiamati da tutte le Parti, sono: la competenza *prima facie* della Corte, la salvaguardia dei diritti di tutte le Parti oggetto della domanda principale; l'urgenza del procedimento, il carattere irreparabile del danno. Sulle misure cautelari in generale la letteratura è molto vasta: qui ci si limiterà a ricordare i principali contributi della dottrina italiana e straniera. Per la prima, v. VENTURINI, *Le misure cautelari nel diritto internazionale*, in *Archivio giuridico « Filippo Serafini »*, vol. CXIX (1938), p. 40 ss.; BARILE, *Osservazioni sulla indicazione di misure cautelari nei procedimenti davanti alla Corte Interna-*

sione per il futuro da ogni minaccia o uso della forza contro la RFI. La ricorrente aveva richiamato in proposito la stessa giuri-

---

zionale di Giustizia, in *Comunicazioni e studi*, vol. IV, 1952, p. 145 ss.; ID., *Sulla competenza della Corte internazionale di Giustizia a indicare misure cautelari*, in *Riv. Dir. Int.*, 1958, p. 120 ss.; VILLANI, *In tema di indicazione di misure cautelari da parte della Corte Internazionale di Giustizia*, in *Riv. Dir. Int.*, 1974, p. 656 ss.; ID., *Le misure cautelari nell'affare della piattaforma continentale del mar Egeo*, in *Riv. Dir. Int.*, 1977, p. 128 ss.; TESAURO, *Le misure cautelari della Corte internazionale di giustizia, Studi Morelli, Comunicazioni e studi*, vol. XIV, 1975, p. 873 ss.; STARACE, *La competenza della Corte internazionale di giustizia in materia contenziosa*, Napoli, 1970, p. 259 ss.; ID., « *Processo internazionale* », in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVI, Milano, 1987, pp. 859-886; DANIELE, *Le misure cautelari nel processo dinanzi alla Corte internazionale di giustizia*, Milano, 1993; GAETA, *La giustizia cautelare nel diritto internazionale*, Padova, 2000.

Per la dottrina straniera, si rinvia a: GUGGENHEIM, *Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire*, in *Recueil des Cours*, 1932, II, p. 649 ss.; DUMBAULD, *Interim Measures of Protection in International Controversies*, Leyden, 1932; FITZMAURICE, *The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure*, in *British Year Book of International Law*, 1958, p. 1 ss. specie p. 107 ss.; ID., *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 2 voll., Cambridge, 1986; DUBISSON, *La Cour internationale de Justice*, Paris, 1964; SHIHATA, *The Power of the International Court to Determine Its own Jurisdiction*, The Hague, 1965, p. 169 ss.; COCATRE-ZILGIEN, *Les mesures conservatoires décidées par le juge ou par l'arbitre international*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1966, p. 5 ss.; MENDELSON, *Interim Measures of Protection in Cases of Contested Jurisdiction*, in *British Year Book of International Law*, 1972-73, p. 259 ss. PERRIN, *Les mesures conservatoires dans les affaires relatives à la compétence en matière de pecheries*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1973, p. 16 ss.; WORTLEY, *Interim Reflections on Procedure for Interim Measures of Protection in the I.C.J.*, in *Il processo internazionale. Studi in onore di G. Morelli, Comunicazioni e Studi*, vol. XIV, 1975, p. 1009 ss.; ELIAS, *The International Court of Justice and Some Contemporary Problems*, The Hague, Boston, London, 1983, p. 67 ss.; SZTUCKI, *Interim Measures in the Hague Court — An Attempt at Scrutiny*, Deventer, Antwerp, Boston, London, Frankfurt, 1983; OXMAN, *Jurisdiction and the Power to Indicate Provisional Measures*, in *The International Court at a Crossroads*, New York, 1987, p. 323 ss.. GROSS (Leo), *Some Observations on Provisional Measures*, in *Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Boston, London, 1989, p. 307 ss.; COLLINS, *Provisional and Protective Measures in International Litigation*, in *Recueil des Cours*, 1992, III, p. 9 ss. specie a p. 214 ss.; THIRLWAY, *The Indication of Provisional Measures by the International Court of Justice*, in BERNHARDT (ed.), *Interim Measures Indicated by International Courts*, Heidelberg, 1994, p. 1 ss.; ODA, *Provisional Measures — The Practice of the International Court of Justice*, in *Fifty Years of the International Court of Justice, Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, 1996, p. 541 ss.; ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court*, I, Leyden, 1965; ID., *The Law and Practice of the International Court*, 2nd ed., Dordrecht, Boston, Lancaster, 1985, p.

sprudenza dell'organo sulla presenza dei requisiti dell'urgenza e del rischio di danno irreparabile ai diritti oggetto della domanda, in casi relativi a conflitti armati o comunque ad incidenti di carattere violento (38).

---

422 ss.; ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court*, 1997, vol. III (*Procedure*), p. 1419 ss.

(38) *VR 99/14* del 10 maggio 1999, p. 37 s., dove si citano, come precedenti giurisprudenziali relativi a richieste di misure cautelari in casi di conflitto armato o incidenti di carattere violento, i casi delle *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua* (Nicaragua c. Stati Uniti), ordinanza sulla richiesta di misure cautelari, par. 41, in *ICJ Reports*, 1984, p. 187 e della *Controversia di frontiera* (Burkina Fasu c. Mali), ordinanza su richiesta di misure cautelari, § 18 in *ICJ Reports*, 1986, p. 9. Cfr. anche i casi dell'*Applicazione della Convenzione sul genocidio* (Bosnia-Erzegovina c. Iugoslavia (Serbia e Montenegro), prima ordinanza sulla domanda di misure cautelari, in *ICJ Reports*, 1993, p. 325; della *Frontiera terrestre e marittima* (Camerun c. Nigeria), ordinanza su domanda di misure cautelari, par. 40, in *ICJ Reports*, 1996, p. 22; e della più recente ordinanza del luglio 2000 sulle misure cautelari nel caso delle *Attività armate in territorio congolese* tra Congo e Uganda, pubblicata in rete: *www.icjcij.org/cijwww/idocket/cco-orders/cco-corder-20000701.htm.* Conformemente alla precedente giurisprudenza, anche in dottrina (MOSLER, *« Article 92 »*, in SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations — a Commentary*, Oxford, 1994, p. 973 ss. alle pp. 989-990), si sottolinea come la Corte abbia sempre rigettato i tentativi degli Stati (l'A. rinvia alla posizione degli USA nel caso delle *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua*, in *ICJ Reports*, 1984, p. 436) di contestare la sua giurisdizione sulla base del fatto che la verifica giurisdizionale dell'uso illecito della forza sarebbe in contrasto con la funzione giudiziale (*ibidem*).

La Corte ha inoltre quasi sempre ritenuto di poter conoscere di controversie portate anche all'attenzione del Consiglio di Sicurezza in quanto suscettibili di minacciare la pace e la sicurezza internazionali, considerando la sua competenza di principale organo giudiziario delle Nazioni Unite, di natura complementare a quella dell'organo politico delle Nazioni Unite nel perseguimento dello scopo principale dell'organizzazione, ossia il mantenimento ed il ristabilimento della pace e della sicurezza internazionali. Il principio è stato sancito nel caso del *Personale diplomatico e consolare a Teheran*, sentenza sulla competenza del 24 maggio 1980, par. 40, in *ICJ Reports*, 1980, p. 21. In quel caso, la precedente ordinanza della Corte del 15 dicembre 1979 (in *ICJ Reports*, 1979, p. 7 ss.), che accoglieva la domanda di misure cautelari degli Stati Uniti, fu espressamente richiamata in una successiva risoluzione del Consiglio di Sicurezza (n. 461 del 31 dicembre 1979). Per la prassi successiva si rinvia al caso dell'*Applicazione della Convenzione sul genocidio*, dove la richiesta di misure cautelari da parte della Bosnia, accolta con ordinanza dell'8 aprile 1993, (in *ICJ Reports*, 1993, p. 3), fu parzialmente incorporata in una successiva risoluzione del Consiglio di Sicurezza, la n. 819 del 16 aprile 1993, fondata sul Cap. VII della Carta; e a quello della *Frontiera terrestre e marittima* tra Camerun e Nigeria, dove il Consiglio di Sicurezza, adito dalle Parti della

Gli Stati convenuti, dal canto loro, dopo aver contestato *tutti* la competenza *prima facie* della Corte, ponevano in eviden-

---

controversia prima della Corte, esprime apprezzamento per la loro decisione di deferire la questione a quest'ultima e, in un momento successivo all'adozione dell'ordinanza di accoglimento delle misure, fa espresso riferimento a quest'ultima nel contesto del monitoraggio della situazione di crisi: v. UNDOC/5/1996/391 del 29 maggio 1996. Nella sua ordinanza del 15 marzo 1996, al § 45, la Corte fa a sua volta riferimento alla complementare attività del Consiglio di Sicurezza, (*ICJ Reports*, 1996, p. 23); ed infine al più recente caso delle *Attività armate in territorio congolese* (Congo c. Uganda), dove la Corte, nell'ordinanza del 1° luglio 2000 di accoglimento della richiesta di misure cautelari, fa più volte espresso riferimento ad una risoluzione del Consiglio di Sicurezza, la n. 1304 del 16 giugno 2000: §§ 23, 27, 30, 35, 36, 37, 41 e al punto 2) del dispositivo dell'ordinanza, che si può leggere nel sito della Corte al seguente indirizzo di rete: *www.icj - cij / org / cijwww / idocket / cco / cco-orders / cco-order-20000701.htm.* L'unico caso in cui la Corte ha rigettato la richiesta di misure cautelari in occasione di un incidente di carattere violento portato anche all'attenzione del Consiglio di Sicurezza e sul quale quest'ultimo aveva preso posizione, è stato negli affari relativi all'incidente aereo di Lockerbie (*Questioni d'interpretazione e di applicazione della Convenzione di Montreal del 1971, derivanti dall'incidente aereo di Lockerbie*, (Libia c. Usa e Libia c. Regno Unito), in *ICJ Reports*, 1992, p. 3 ss. a p. 113- 114). In quell'occasione la Corte avrebbe dovuto pronunciarsi sulla validità di una risoluzione del Consiglio di Sicurezza (n. 748 del 1992) che avrebbe potuto porsi in contrasto con un suo eventuale giudizio reso in base alla Convenzione di Montreal. La Corte, in applicazione degli artt. 25 e 103 della Carta, riteneva prevalente la risoluzione del Consiglio di Sicurezza su ogni altro accordo internazionale applicabile tra le Parti (leggi: la Convenzione del 1971) nonostante essa fosse stata adottata dopo la presentazione della domanda libica, in quanto resa secondo le norme del Cap. VII. La prassi prima esaminata, compreso quest'unico precedente contrario, dimostra un orientamento omogeneo della Corte rispetto all'esercizio, parallelo con quello del Consiglio di Sicurezza, di competenze in materia di mantenimento della pace e di controversie relative all'uso della forza o ad incidenti di carattere violento. La Corte, in quanto principale organo giudiziario delle Nazioni Unite, in parte responsabile del settore, ha infatti scelto la strada della cooperazione e non dell'antagonismo con il Consiglio di Sicurezza. Per la dottrina relativa alla competenza della Corte a conoscere di controversie relative all'uso della forza e/o di competenza anche del Consiglio di Sicurezza, si vedano i seguenti autori: LISSITZYN, *The International Court of Justice — Its Role in the Maintenance of International Peace and Security*, New York, 1951; JENNINGS, *International Force and the International Court of Justice*, in CASSESE (a cura di), *The Current Legal Regulation of the Use of Force*, Dordrecht, Boston, Lancaster, 1986, p. 323 ss.; MENDELSON, *Interim Measures of Protection and the Use of Force by States*, in *British Year Book of IL*, cit., p. 337 ss.; SCHACHTER, *Disputes Involving the Use of Force*, in DAMROSH (ed.), *The International Court of Justice at a Crossroads, ASIL Publications*, 1987, p. 223 ss.; EISEN, *Litispendence between the International Court of Justice and the Security Council*, 1988; DANIELE, *Le misure cautelari nel processo dinanzi alla Corte Internazionale di*

za soprattutto il carattere lecito dell'intenento, in quanto necessario e comunque finalizzato a evitare una « catastrofe umanitaria », per invitare la Corte a non indicare le misure richieste dall'attrice. Una decisione in senso contrario era considerata in ogni caso *inopportuna*, in considerazione dell'emergenza umanitaria che l'intervento si proponeva di risolvere (39).

Giustizia, Milano, 1993, p. 101 s.; SKUBISZEWSKI, *The International Court of Justice and the Security Council*, in *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge, 1996, p. 606 ss.; GREENWOOD, *The International Court of Justice and the use of force, ibidem*, p. 373 ss.; MARTENCZUCK, *The Security Council, the International Court and Judicial Review: What Lessons from Lockerbie?*, in *European Journal of International Law*, 1999, p. 517 ss.; RANJEVA, *La prescription per la Cour Internationale de Justice de mesures conservatoires a portée militaire*, in YAKPO, BOUMEDRA, (eds.), *Liber Amicorum Mohamed Bedjaoui*, 1999, p. 449 ss.; ARANGIO RUIZ, *On the Security Council's « Law-Making »*, in *Riv. Dir. Int.*, 2000, p. 609 ss., specie a p. 709 e in nota (182) a p. 711.

(39) Per le contestazioni relative alla competenza *prima facie* della Corte, si rinvia alle conclusioni dei dieci convenuti presentate oralmente durante le audizioni del 10-12 maggio 1999 e verbalizzate nei più volte citati *Verbatim Records* (VR) da 14 a 35, in sito cit. *supra*, nota (3). Per quel che concerne invece l'opportunità dell'indicazione nei dieci casi, è proprio rispetto a quest'ultima che si rivela la natura altamente discrezionale dei poteri della Corte in sede cautelare. Spetta soltanto all'organo infatti valutare, indipendentemente dalla presenza di tutti i requisiti richiesti per procedere ai sensi dell'art. 41 dello Statuto —, se indicare o meno misure cautelari e decidere quali misure indicare, discostandosi anche dalle richieste del ricorrente e/o agendo *proprio motu*. L'invito alla Corte ad avvalersi di questo esteso potere discrezionale emerge da quasi tutti gli interventi degli Stati nei casi in esame. Si prendano ad esempio le conclusioni del Belgio (in *VR 99/15* cit.), dove si chiede alla Corte, — in subordine rispetto alla declaratoria di incompetenza *prima facie* e di assenza dei requisiti essenziali richiesti dall'art. 41 dello Statuto —, di dire che, anche ove la Corte ritenesse esistenti tali requisiti, non si ravvisava comunque l'opportunità di indicare misure cautelari dati i gravi effetti che una pronuncia del genere avrebbe sulla soluzione della crisi umanitaria nel Kosovo. Sulla stessa linea sono le conclusioni di Canada (*VR 99/16*); di Germania (*VR99/18*), dove si invita la Corte a valutare l'opportunità di indicare le misure richieste alla luce degli effetti che tale indicazione avrebbe potuto avere sugli sforzi per risolvere la crisi, richiamando in particolare i risultati del vertice G-8 (che comprende i sette Stati più industrializzati più la Russia) del 6 maggio 1999 (a conflitto in pieno svolgimento), consistenti nell'adozione di un documento contenente i princìpi di risoluzione della crisi da rifondere in una risoluzione del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite; dell'Olanda (*VR 99/20*) che dedica parte delle osservazioni orali alla natura discrezionale delle misure richieste, sottolineandone l'inopportunità in quel caso ed invitando eventualmente la Corte ad indicarne altre *proprio*

3. Il 2 giugno 1999 la Corte emetteva dieci ordinanze di rigetto, rifiutandosi di indicare misure cautelari in tutti i casi sottoposti al suo giudizio, fondando le sue decisioni, — come già ricordato, per la prima volta nella sua giurisprudenza in sede cautelare —, su motivi di assenza di competenza « *prima facie* » (40).

Le *basi giurisdizionali* invocate dalla RFI per fondare la competenza della Corte erano principalmente l'art. 36 § 2 dello Statuto nei rapporti tra la ricorrente e quegli Stati, il Belgio, il Canada, l'Olanda, il Portogallo, la Spagna e il Regno Unito, che avevano accettato la giurisdizione della Corte con apposita Dichiarazione (41); e l'art. IX della Convenzione per la repressione del crimine di genocidio rispetto a tutti e dieci gli Stati convenu-

---

motu, sempre in virtù del suo potere discrezionale nella materia; di Regno Unito (*VR 99/23*); di Stati Uniti (*VR 99/24*).

(40) *Supra*, nota (5).

(41) L'art. 36 § 2 dello Statuto è una *clausola facoltativa di accettazione della giurisdizione obbligatoria* in base alla quale è possibile esercitare il diritto d'azione unilaterale in presenza del reciproco ed inequivoco consenso alla giurisdizione della Corte da parte di tutti gli Stati Parti della controversia di cui essa deve conoscere. Tale consenso può essere dato, *una tantum*, mediante la dichiarazione richiesta dall'art. 36 § 2 per il periodo di tempo ed alle condizioni scelte dallo Stato che lo effettua. Sulla competenza della Corte in base a questa disposizione v. i lavori dell'*Institut de droit international* (IDI), *L'élaboration d'une clause modèle de compétence obligatoire de la Cour internationale de Justice*, in *Annuaire IDI*, vol. 44, I (1952), pp. 458-468; vol. 45, I (1954) pp. 310-406; vol. 46 (1956), pp. 178-264 e pp. 360-364; ARANGIO RUIZ « *Corte internazionale di Giustizia* », in *Enciclopedia del Diritto*, vol. X, Milano, 1962, p. 1037 ss.; DUBISSON, *La Cour internationale de Justice*, Paris, 1964; STARACE, *La competenza della Corte internazionale di giustizia in materia contenziosa*, Napoli, 1970, p. 103 ss.; IGLESIAS BUIGUES, *Les déclarations d'acceptation de la jurisdiction obligatoire de la Cour internationale de Justice*, in *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1972, pp. 255 ss.; FITZMAURICE, *The Law and Procedure of the International Court of Justice, 1951-4: Questions of Jurisdiction, Competence and Procedure, in British Year Book of International Law*, 1958, p. 1 ss.; ID., *The Law and Procedure of the International Court of Justice*, 2 voll., Cambridge, 1986; STARACE, *Corte internazionale di Giustizia*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. IX, Roma, 1988, p. 11 s.; BENVENUTI, *Corte internazionale di Giustizia*, in *Digesto delle Discipline pubblicistiche*, vol. III, Torino, 1989; MOSLER, « *Article 92* », in SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations — a Commentary*, Oxford, 1994, p. 973 ss. alle pp. 988-989; ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court*, 1, Leyden, 1965; ID., *The Law and Practice of the International Court*, 2nd ed., Dordrecht, Boston, Lancaster, 1985; ID., *The Law and Practice of the International Court*, 1997, cit., vol. Il (*Juridiction*), p. 727 ss.

Sulle riserve alle dichiarazioni di accettazione rese in base all'art. 36 § 2 del-

ti (42). Nei confronti di Belgio e Paesi Bassi s'invocavano inoltre due accordi di conciliazione risoluzione giudiziaria e arbitrato,

---

lo Statuto si vedano: BRIGGS, *Reservations to the Acceptance of Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, in *Recueil des Cours ADI*, 93, 1958-1, pp. 223-363; JENNINGS, *Recent Cases on « Automatic » Reservations to the optional Clause*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1958, pp. 349-366; MAUS, *Les réserves dans les déclarations d'acceptation de la jurisdiction obligatoire de la Cour internationale de Justice*, 1959; DEBBASCH, *La competence 'ratione temporis' de la Cour internationale de Justice dans le système de la clause facoltative de jurisdiction obligatoire*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1960, pp. 230 ss.; GUGGENHEIM, *Der sogenannte automatische Vorbehalt der inneren Angelegenhetten gegenüber der Anerkennung der obligatorischen Gerichtbarkeit des Internationalen Gerichthofes in seiner neuesten Gerichtpraxis*, in *Völkerrecht und rechtliches Weltbild, Festschrift für Alfred Verdross*, 1960, pp. 117 ss.; ROSENNE, *The Time Factor in the Jurisdiction of the International Court of Justice*, 1960; STARACE, *La competenza della Corte internazionale di giustizia in materia contenziosa*, cit., cap. III, pp. 190-247; ALEXANDROV, *Reservations in Unilateral Declarations Accepting the Compulsory Jurisdiction of the International Court of Justice*, Dordrecht, Boston, London, 1995; ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court*, 1997, cit., vol. II (*Juridiction*), p. 766 ss. Le dichiarazioni di accettazione della giurisdizione della Corte sono annualmente aggiornate e pubblicate dall'ufficio dal Segretario generale delle Nazioni Unite nella sua qualità di depositario dei trattati internazionali multilaterali conclusi dagli Stati (in base all'art. 102 della Carta). V. *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General of the United Nations. Status* at 31 December 2000 (ST/LEG/SER.E/19). Per poter fondare la competenza della Corte sull'art. 36 § 2 dello Statuto nei confronti di questi Stati, la Iugoslavia aveva depositato, presso il Segretario Generale delle NU, il 26 aprile 1999, — vale a dire tre giorni prima della presentazione della domande principali e delle richieste di misure cautelari —, una dichiarazione di accettazione della giurisdizione obbligatoria della Corte contenente un limite temporale vòlto ad escluderne tutte le situazioni o fatti e tutte le controversie sorti prima della firma della dichiarazione (25 aprile 1999) nei termini che seguono: « I hereby declare that the Govemment of the Federal Republic of Yugolsavia recognizes, in accordance with Article 36, paragraph 2, of the Statute of the International Court of Justice, as compulsory *ipso facto* and without special agreement, in relation to any other State accepting the same obligation, that is on condition of reciprocity, the jurisdiction of the said Court *in all disputes arising or which may arise after the signature of the present Declaration, with regard to the situations or facts subsequent to this signature...* » (corsivo nostro). Le dichiarazioni di RFI, Belgio, Canada, Portogallo, Regno Unito, Spagna sono pubblicate in *Multilateral Treaties Deposited with the Secretary General of the United Nations*, cit. Con l'adozione della ris. n. 55/12 dell'Assemblea Generale del 1° novembre 2000, la RFI risulta ammessa all'ONU come Stato nuovo a partire da quest'ultima data. Non è questa la sede per approfondire l'argomento, ma si deve riconoscere che ciò non mancherà d'influire, in senso negativo, sulla validità della dichiarazione effettuata il 25 aprile 1999.

(42) L'art. IX della *Convenzione di New York per la prevenzione e la repres-*

conclusi, rispettivamente, dal Regno di Iugoslavia nel 1930 con il

---

sione del crimine di genocidio, del 9 dicembre 1948, in vigore, sul piano internazionale, dal 12 gennaio 1951, è, come la precedente, una clausola compromissoria completa che attribuisce alla Corte Internazionale di Giustizia, dietro ricorso unilaterale di una delle Parti della controversia, la competenza a dirimere le controversie che possano sorgere tra le Parti contraenti, limitatamente all'interpretazione e applicazione della Convenzione. La Corte ha ritenuto, nel § 37 dell'ordinanza relativa al caso *RFI c. Belgio*, che: « ... Whereas it is not disputed that both Yugoslavia and Belgium are parties to the Genocide Convention without reservation; and whereas Article IX of the Convention accordingly appears to constitute a basis on which the jurisdiction of the Court might be founded... » (in *I.L.M.* 1999, p. 959; e in rete: *www-icj-cij.org / icjwww / idocket / iybe / iybeorders / Iybe-iorder—19990602.htm*, p. 11). Analoghe affermazioni sono contenute nelle ordinanze relative ai casi contro il Canada, la Francia, la Germania, i Paesi Bassi, l'Italia, il Regno Unito. Per la Iugoslavia, quest'affermazione era particolarmente utile, dal momento che l'art. IX della Convenzione era l'unico strumento utilizzabile per poter attivare giudizi davanti alla Corte, in considerazione del fatto che in relazione all'altra base di competenza fondata sull'art. 36 § 2 dello Statuto, tutti gli Stati convenuti, negandole lo *status* di continuatore della personalità internazionale della vecchia repubblica socialista, escludevano automaticamente la possibilità che la RFI potesse subentrare automaticamente negli obblighi convenzionali contratti dal predecessore, tra i quali l'appartenenza alla Carta delle Nazioni Unite ed allo stesso Statuto della Corte. La Corte e alcuni degli Stati convenuti (ad es. i Paesi Bassi), ritenevano invece che la RFI facesse parte della Convenzione sul genocidio, senza precisarne però il titolo di partecipazione. Non è questa la sede per poter approfondire l'argomento. Qui ci limitiamo a segnalare che il problema era già stato sollevato in precedenza, nel caso relativo all'*Applicazione della Convenzione sul genocidio*, dove la Iugoslavia figurava come convenuta. In quell'occasione la Corte, per poter fondare la sua competenza *ratione personae* (rispetto alla Iugoslavia), sull'art. IX della Convenzione, aveva utilizzato l'art. 35 § 2 dello Statuto, che permette a Stati che non fanno parte né della Carta né dello Statuto di partecipare a giudizi davanti alla Corte alle condizioni stabilite dal Consiglio di Sicurezza, « *con riserva delle speciali disposizioni contenute nei trattati in vigore* ». Quest'ultima eccezione era interpretata dalla Corte Internazionale di Giustizia, nel senso che essa attribuiva la possibilità, a Stati che non siano parti né della Carta né dello Statuto, di partecipare comunque a giudizi davanti alla Corte senza sottostare alle condizioni determinate dal Consiglio di Sicurezza di cui al § 2 dell'art. 35 (v. il § 19 della prima ordinanza dell'8 aprile 1993 adottata dalla Corte sul caso in relazione alla richiesta bosniaca di misure cautelari, in *Riv. Dir. Int.*, 1993, cit. p. 429-430). In dottrina quest'interpretazione dell'art. 35 § 2 dello Statuto non è da tutti condivisa. STARACE (*La competenza della Corte in materia contenziosa*, cit., p. 42 ss.) ritiene che uno Stato non parte dello Statuto ma parte di un trattato in vigore possa partecipare al giudizio davanti alla Corte solo se si conforma alle condizioni imposte dal Consiglio di Sicurezza con la nota risoluzione n. 9 del 1946 (di attuazione dell'art. 35 § 2). ROSENNE, (*op. ult. cit.*, pp. 628-630), dal canto suo, interpreta l'espressione

Belgio e nel 1931 con l'Olanda (43). Si faceva inoltre riferimento all'art. 38 § 5 del Regolamento della Corte — che prevede la

---

« con riserva delle speciali disposizioni contenute nei trattati in vigore » nel senso che essa si riferiva, nell'identica disposizione contenuta nello Statuto della Corte Permanente di Giustizia Internazionale, esclusivamente ai trattati di pace conclusi dopo la prima guerra mondiale. In quel caso lo scopo della norma era quello di permettere agli Stati *ex* nemici di partecipare ai giudizi davanti a quest'ultima, nonostante essi non avessero titolo per poter aderire allo Statuto (*ibidem*, p. 629). Secondo l'A., « Since no change of substance was introduced in 1945, the words *subject to the special provisions of treaties in force* in the present Statute should be interpreted as meaning treaties that were *in force* on the date when the Statute entered into force, that is 24 october 1945 » (corsivo dell'A., *ibidem*, p. 630). ROSENNE richiama subito dopo l'opinione della Corte resa nella prima ordinanza del 1993 nel caso dell'*Applicazione della Convenzione sul genocidio*, sopra citata, ritenendo però che si sia trattato di una decisione provvisoria (*provisional finding*) e, in quanto tale, « not conclusive of the matter » (*ibidem*, p. 630 e nota (52) dove l'A. ricorda che la questione non fu sollevata in sede di eccezioni preliminari). Come emerge anche dalle ordinanze del 2 giugno 1999, neppure in quelle occasioni la Corte ha richiamato l'art. 35 § 2 dello Statuto: ciò porta a concludere che nelle ordinanze del 2 giugno 1999, come nella precedente pronuncia del 1996, la Corte non abbia voluto prendere posizione sul problema specifico del titolo di partecipazione della Iugoslavia (Serbia e Montenegro) alla Convenzione sul genocidio. Con quest'atteggiamento la Corte ha evidentemente voluto conservare uno spazio di manovra che non mancherà di utilizzare nell'affrontare la recentissima domanda, depositata presso la cancelleria della Corte il 24 aprile 2001, di revisione della sentenza del 1996 che riconosceva la competenza dell'organo nella controversia relativa alla Convenzione sul genocidio. Con essa la Iugoslavia chiede alla Corte di riconoscere la sua incompetenza in quell'affare, in considerazione della sopravvenienza del fatto nuovo della sua ammissione all'ONU avvenuta a seguito dell'adozione della ris. n. 55/12 dell'Assemblea Generale del 1° novembre 2000 (v. *supra*, nota precedente). Secondo la domanda, poiché la RFI non era parte delle Nazioni Unite prima del 2000; poiché, inoltre, la RFI non aveva ricevuto prima del 2000 alcun invito da parte dell'AG dell'ONU ad accedere alla Convenzione sul genocidio, risulterebbe evidente come la RFI non abbia mai fatto parte di quest'ultima, almeno fino alla domanda formale di adesione, depositata solo l'8 marzo 2001, a séguito del conseguimento dello *status* di membro dell'ONU, richiesto, secondo la RFI, dalla Convenzione come condizione necessaria per potervi accedere: *Demande en revision de l'arrêt du 11 julliet 1996 en l'affaire relative à l'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (Bosnie-Herzegovine c. Yougoslavie), *exceptions préliminaires* (Yougoslavie c. Bosnie-Herzegovine), in www. icj.cij.org. Essa figura nell'elenco cronogico dei casi pendenti al n. 22 (cfr. www.icj-cij.org /cijwww/caffairespendantes.htm), ovvero come caso nuovo e non come parte del procedimento relativo al caso tra Bosnia e RFI sull'*Applicazione della Convenzione sul genocidio*.

(43) A procedimento iniziato, e dopo l'audizione delle Parti tra il 10 e il 12 maggio, la Corte riceveva una lettera in data 12 maggio 1999, durante il secondo

possibilità di fondare la giurisdizione della Corte sull'istituto del « *forum prorogatum* » —, nei ricorsi contro la Francia, la Germania, l'Italia e gli Stati Uniti, in quanto Stati che non avevano reso dichiarazioni di accettazione ai sensi dell'art. 36 § 2 dello Statuto (44).

---

turno di interventi orali, da parte dell'agente iugoslavo con la quale si introduceva, quale titolo aggiuntivo di giurisdizione nei confronti del Belgio, l'art. 4 della Convenzione di conciliazione, regolamento giudiziario ed arbitrato tra il Regno di Iugoslavia ed il Belgio, firmato a Belgrado il 25 marzo 1930 ed in vigore dal 3 settembre di quell'anno; e quale titolo addizionale nei confronti dell'Olanda, l'art. 4 del Trattato di regolamento giudiziario, arbitrato e conciliazione, firmato all'Aja il giorno 11 marzo 1931 ed in vigore dal 2 aprile 1932. La Iugoslavia ha potuto aggiungere questi titoli di giurisdizione in base alla riserva contenuta nelle domande presentata alla Corte il 29 aprile nei confronti di Belgio e Olanda che, *in fine* così si esprimono: « ... The Government of the FR of Yugoslavia reserves the right to amend and supplement this Application... ». La Lettera dell'agente iugoslavo del 12 maggio è citata nelle ordinanze della Corte nei casi *RFI c. Belgio* e *RFI c. Olanda* che si leggono nel sito citato *supra* in nota (1).

(44) L'art. 38 § 5 del Regolamento della Corte (*Rules of the Court adopted on 14 april 1978*, in *Acts and Documents concerning the organization of the Court, n. 1-4: Charter of the United Nations, Statute and Rules of the Court and other Documents*, (1947-1978) cit., e riprodotte in ROSENNE (a cura di), *Documents of International Court of Justice*, First Bilingual Edition, 1991), dispone che quando il ricorrente (*applicant State*) propone di fondare la giurisdizione della Corte sul consenso che dev'essere dato o manifestato dallo Stato che si vuole convenire in giudizio, occorre trasmettere a quest'ultimo la domanda, che però non potrà essere registrata nel Ruolo generale (*General List*) così come non si potranno intraprendere azioni nel procedimento, a meno che/e fino a quando, lo Stato convenuto non abbia consentito alla giurisdizione della Corte limitatamente al caso sottopostole (*for the purposes of the case*). Nei casi in esame, *tutti gli Stati* nei confronti dei quali la RFI ha invocato questa disposizione, ossia Francia, Germania, Italia e Stati Uniti, hanno rifiutato di dare il loro consenso a fondare la giurisdizione della Corte in base ad essa. Per quanto riguarda l'Italia, si rinvia alla posizione esposta dall'agente italiano nel primo *round* di interventi orali: *ICJ-Public Sitting-11 maggio 1999, VR 99/19*. Vedi inoltre *VR 99/17* (per il rifiuto francese); *VR 99/18* (per quello tedesco); *VR 99/24* (per il rifiuto statunitense). Per la storia e la dottrina relativa all'art. 38 § 5 del Regolamento, si rinvia a STILLMUNKES, *Le « forum prorogatum » devant la Cour permanente de Justice internationale et la Cour internationale de Justice*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1964, pp. 665 ss.; SOUBEYROL, *« Forum prorogatum » et la Cour internationale de Justice, ibidem*, 1972, pp. 1098 ss.; ROSENNE, *Procedure in the International Court. A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, The Hague, Boston, London, 1983; ID., *The General List of the International Court of Justice*, in *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century. Essays in Honour of K. Skubiszewski*, 1996, cit., p. 805 ss.; GUYOMAR, *Commentaire du Réglement de la Cour inter-*

Per quanto riguarda i *motivi del rigetto* delle misure cautelari richieste, essi, pur fondandosi tutti sull'incompetenza *prima facie* dell'organo, erano diversi a seconda dei titoli di giurisdizione invocati. Nelle ordinanze emesse nei confronti di Belgio, Canada, Olanda e Portogallo, la Corte si dichiarava *prima facie* incompetente facendo leva sull'interpretazione di un limite temporale contenuto nella dichiarazione iugoslava effettuata in base all'art. 36 § 2 dello Statuto, che avrebbe escluso la competenza della Corte per controversie anteriori ad una data « critica » tra le quali rientravano, a suo avviso, quelle oggetto delle domande iugoslave (45). Sempre in relazione all'art. 36(2) dello Statuto, la Corte aveva poi ritenuto operanti i limiti temporali contenuti, rispettivamente, nelle dichiarazioni di accettazione di Spagna e Regno Unito (46).

Con riferimento all'art. IX della Convenzione sul genocidio, invocato dalla Iugoslavia contro tutti e dieci gli Stati convenuti, la Corte rigettava la richiesta per *incompetenza materiale* in otto dei dieci casi (nelle ordinanze relative alle controversie tra RFI e Belgio, Canada, Olanda, Portogallo, Regno Unito, Francia, Germania e Italia) affermando l'impossibilità di indicare misure in base all'art. IX della Convenzione per la prevenzione e la repressione del crimine di genocidio a causa dell'assenza del requisito del dolo specifico da parte dei convenuti, che invece era richie-

---

nationale de justice, Paris, 1983, p. 246. Sulla possibilità d'invocare l'istituto in fase cautelare v., l'opinione separata del giudice LAUTERPACHT (E.) alla seconda ordinanza della Corte sulle misure cautelari dell'11 settembre 1993 nel caso relativo all'*Applicazione della Convenzione sul genocidio* (Bosnia-Herzegovina c. RFI), in *I.C.J. Reports*, 1993, § 24-37 alle pp. 416-421; e in dottrina, SIENHO YEE, *Forum Prorogatum and the Indication of Provisional Measures in the International Court of Justice*, in *The Reality of International Law*, *Essays in Honour of Ian Brownlie*, Oxford, 1999, p. 565 ss.

(45) Cfr., per tutte, il § 30 dell'ordinanza emessa nel procedimento *RFI v. Belgio*.

(46) Le dichiarazioni e le relative riserve si leggono in *Multilateral Treaties deposited with the Secretary General*, cit. *supra* in nota (40). Si tratta di limiti in base ai quali tali due Stati non accettano di sottoporsi alla sua giurisdizione obbligatoria rispetto a controversie portate alla sua attenzione da Stati che abbiano depositato la loro dichiarazione di accettazione ai sensi dell'art. 36 (2) citato, meno di 12 mesi prima della proposizione della domanda. In presenza di simili riserve, la Corte aveva escluso di poter fondare la sua competenza rispetto a questi due Stati: v. il § 25 dell'ordinanza nel caso *RFI c. Spagna*; ed il § 25 dell'ordinanza nel caso *RFI c. Regno Unito*.

sto dalla norma convenzionale che vieta gli atti di genocidio (47). Negli altri due casi, RFI/Spagna e RFI/Stati Uniti, la Corte faceva leva sull'esistenza di una riserva contenuta in quell'accordo, rispettivamente, nelle ratifiche spagnola e statunitense, di identico tenore e relative al rifiuto dell'accettazione della clausola compromissoria contenuta nel suo art. IX da parte di questi due Stati (48).

Sempre in questi ultimi due casi, inoltre, la Corte, oltre a dichiararsi incompetente in base ai diversi titoli di giurisdizione presentati, si pronunciava, come abbiamo già visto, anche per la cancellazione delle due cause dal Ruolo generale (49).

Inoltre la Corte aveva rifiutato di prendere in considerazione i titoli addizionali di giurisdizione invocati dalla Iugoslavia nei confronti di Belgio e Olanda nei rispettivi procedimenti, in considerazione della loro presentazione tardiva (50).

4. La trattazione di richieste di misure cautelari da parte della Corte segue, com'è noto, un percorso privilegiato, dovendo essa darvi la precedenza assoluta — come previsto dallo Statuto e dal Regolamento interno di procedura (51) —, ai fini di una decisione in tempi rapidi.

Nella fase orale del procedimento, la prima udienza era dedicata alla soluzione delle questioni di procedura, tra le quali meritano attenzione quella della *composizione del collegio giudicante* e quella relativa all'*organizzazione dei lavori*, strettamente connesse tra loro (52).

Per quanto riguardava la *composizione del collegio giudicante*, la Corte doveva pronunciarsi *sia* sulla nomina di un Presiden-

---

(47) § 41 dell'ordinanza nel caso *RFI c. Belgio*. Identiche statuizioni si trovano nelle ordinanze emesse nei casi *RFI c.*, rispettivamente, *Canada, Paesi Bassi, Francia, Germania, Italia Portogallo e Regno Unito*.

(48) §§ 32-33 dell'ordinanza nel caso *RFI c. Spagna* e §§ 24-25 dell'ordinanza nel caso *RFI c. USA*. Il punto è approfondito *infra*, nel § 6.

(49) § 35 dell'ordinanza nel caso *RFI C. Spagna* e § 29 dell'ordinanza nel caso *RFI c. USA*.

(50) V. il §. 44 dell'ordinanza nel caso *RFI c. Belgio* e il § 44 dell'ordinanza emessa nel caso *RFI c. Paesi Bassi*.

(51) Cfr. l'art. 74 par. 1 in combinazione con l'art. 54 par. 2 del Regolamento della Corte.

(52) *VR/99/14* del 10 maggio 1999, cit.

te *pro tempore*, — poiché in uno dei dieci casi si era riscontrata un'oggettiva incompatibilità del Presidente eletto —; *sia* sulla nomina di eventuali giudici *ad hoc*, in relazione a quattro Stati che non avevano un giudice della loro nazionalità nel collegio.

Sotto il primo profilo va sottolineato il fatto che il Presidente della Corte, SCHWEBEL, cittadino statunitense, decideva di rinunciare ad esercitare le sue funzioni non soltanto con riferimento al procedimento che opponeva la ricorrente agli Stati Uniti, — rinuncia in questo caso obbligatoria in quanto l'art. 32 § 1 del Regolamento vieta la possibilità di esercitare le funzioni di Presidente al giudice che sia cittadino di una delle Parti della controversia davanti alla Corte — ma anche in relazione agli altri nove casi portati all'attenzione della Corte, ritenendolo non opportuno, nonostante nulla disponesse in proposito il diritto applicabile. La Presidenza passava perciò di diritto al Vice Presidente WEERAMANTRY (53). La decisione trova dei precedenti nella giurisprudenza della Corte, in un caso ad opera dello stesso giudice statunitense (54).

In secondo luogo, la Corte procedeva alla nomina dei giudici *ad hoc*, rispetto a quegli Stati, compresa la ricorrente, che non avevano un giudice della loro nazionalità nel collegio (55).

---

(53) Cfr. *VR 99/14*, dove il Vice-Presidente WEERAMANTRY, facente funzioni di Presidente, ricorda che: « ... Judge Schwebel considers that it would not be appropriate for him to exercise the functions of the Presidency in any of those cases either... » (*ibidem*, p. 12).

(54) Si ricorda la decisione dell'allora Presidente della Corte, Sir ROBERT JENNINGS, il quale, in sede cautelare, nei due affari paralleli di *Lockerbie* (Libia c. Regno Unito e Libia c. USA), prima dell'inizio della fase orale, decise di astenersi dall'esercizio delle sue funzioni di Presidente non solo nel procedimento tra la Libia ed il Regno Unito, ma anche in quello tra la Libia e gli Stati Uniti. Cfr. le due ordinanze del 1992 dalle quali risulta la composizione della Corte nei due casi, in *ICJ Reports*, 1992, p. 1 ss. e p. 114 ss. La decisione è considerata corretta da ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court 1920-1996*, cit., vol. III (*Procedure*), p. 1158. Sempre in questi due affari, nella successiva fase delle eccezioni preliminari, analoga decisione veniva presa proprio dal Presidente SCHWEBEL, sempre rispetto a tutti e due gli affari: v. *ICJ Reports*, 1998, da cui risulta la composizione della Corte.

(55) La Corte procede, nella sua prima seduta del 10 maggio 1999 (in *VR/99/14*), alla nomina dei giudici *ad hoc* per Italia (GAJA), Iugoslavia (KREÇA), Belgio (DUISLAEGER), Canada (LALONDE), Spagna (TORRES-BERNARDEZ). Sulla disciplina statutaria dell'istituto del giudice *ad hoc*, v. *supra* nota (8). La nomina di giudici *ad hoc* in fase cautelare non è regolata dall'attuale versione del regolamento

Per quanto atteneva invece all'*organizzazione dei lavori*, la Corte, data l'urgenza del procedimento cautelare ed in relazione al numero delle richieste poste contemporaneamente alla sua attenzione — la RFI avendo presentato dieci distinti ricorsi contro quelli, tra gli Stati NATO, che al tempo partecipavano all'intervento — decideva di attivare una procedura semplificata per l'audizione delle Parti, concentrando tutti gli interventi tra il 10 ed il 12 maggio 1999 (56).

---

di procedura. In dottrina (DANIELE, *Le misure cautelari nel processo dinanzi alla Corte Internazionale di Giustizia*, cit., p. 113 ss.), si sottolinea come la questione possa dar luogo a problemi in quanto l'urgenza del procedimento può rivelarsi incompatibile con la richiesta degli Stati di procedere alla nomina in quella sede. In passato nella versione del 1936 del Regolamento di procedura, la questione aveva trovato soluzione nell'art. 61.9, che ne riconosceva la possibilità a condizione che i giudici nominati fossero presenti: « ... at the date fixed by the President fot hearings of the parties... » (la disposizione è riportata da DANIELE, *ibidem*, p. 113-114). Secondo questo studioso, eventuali problemi che dovessero sorgere dall'attuale situazione di assenza di regolamentazione, andrebbero risolti nel senso che la Corte debba comunque procedere alla nomina di giudici *ad hoc* in sede cautelare, con la sola eccezione di quei casi in cui sia lo stesso Stato avente diritto a rinunciarvi (*ibidem*, p. 114 e nota (27) dove si cita il precedente del Nicaragua che rinunciò a nominare un suo giudice nella fase cautelare del caso delle *Attività militari*). *Contra* ELIAS, (*The International Court of Justice and Some Contemporary Problems*, 1983, cit., p. 72-73), il quale afferma che esistono delle differenze tra lo status di giudice membro di diritto della Corte e giudici *ad hoc*, una delle quali consiste nel fatto che: « ...the Court may consider a request for the indication of provisional measures of interim protection in the absence of judges *ad hoc*... » (*ibidem*, p. 73). Nei casi in esame va forse catalogata come precedente in tema di rinuncia alla nomina in sede cautelare la condotta omissiva del Portogallo, che, al pari di Belgio, Italia, Canada, Spagna, e Iugoslavia, non era rappresentato da alcun giudice nel Collegio ed avrebbe quindi potuto chiedere la nomina di un giudice portoghese. Invece, né dai verbali, né dall'ordinanza adottata dalla Corte nel relativo caso, risulta alcuna domanda a tal fine, né tantomeno sono presenti contestazioni di questo Stato per l'assenza di un giudice portoghese nel Collegio: si potrebbe dedurne quindi implicitamente la volontà di rinuncia alla nomina.

(56) La Corte applica in questo caso l'art. 47 del suo Regolamento, cit. *supra* in nota (6), in base al quale, lo si ricorda, essa può non solo disporre in ogni momento (*at any time*) la riunione di due o più casi, ma anche disporre che la fase scritta o orale del procedimento si svolga in comune; infine, essa può decidere di disporre azioni comuni rispetto ad ognuna di esse, senza effettuare una formale riunione dei casi. Nei casi in esame essa sceglie la seconda opzione, e qualifica questo tipo di procedura come « *certain practical arrangements* », avvertendo che essa non pregiudica in nessun modo future decisioni di riunione dei procedimenti o di azioni comuni rispetto ad alcuni degli elementi dei procedimenti portati alla

Invece di tenere separati i dieci procedimenti, la Corte avrebbe in questo caso potuto scegliere di procedere alla determinazione che le Parti convenute nei dieci procedimenti facevano « *causa comune* » ai sensi dell'art. 31 § 5 dello Statuto (57). Questo, anche senza riunire formalmente su quella base i dieci procedimenti, poiché i due istituti (determinazione di una « *causa comune* » tra le Parti di più procedimenti e riunione formale) hanno funzione diversa (58). Essa, tuttavia, sceglieva una diversa

---

sua attenzione: vedi il resoconto della prima seduta delle osservazioni orali contenuto in *VR 99/14* cit. La decisione trova un precedente nei due casi paralleli relativi all'incidente aereo di *Lockerbie*, anche allora in fase cautelare, dove il facente funzioni di Presidente, giudice ODA, dispose che l'audizione delle Parti dovesse avvenire congiuntamente per i due casi, stabilendo che lo Stato attore avrebbe potuto esporre in un unico intervento le ragioni delle due richieste di misure cautelari contro il Regno Unito e gli USA e che questi ultimi avrebbero risposto subito dopo nella stessa seduta orale (*VR 92/2* del 26 marzo 1992, p. 15). Su questo precedente, in dottrina, ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court 1920-1996*, cit., vol. III (*Procedure*), p. 1257-1258.

(57) Nella sua giurisprudenza, la Corte ha sempre fatto riferimento, per determinare l'esistenza di una « *causa comune* », al criterio dell'identità delle conclusioni delle parti, indipendentemente dalle loro rispettive argomentazioni, enunciato per la prima volta dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale nel caso del *Regime doganale tra Germania e Austria* (dove la Corte, in un'ordinanza del 20 luglio 1931, riconobbe l'esistenza di una « *causa comune* »: in *C.P.J.I. serie A/B n. 41*, p. 89) e riconfermato poi dall'attuale Corte ad iniziare dai casi relativi allo *Status del Sud-Ovest Africano* (ordinanza del 21 maggio 1961, § 10 in *ICJ Reports*, 1961, dove però la Corte, dopo aver applicato il criterio dell'identità delle conclusioni per il riconoscimento di una causa comune, aveva riunito formalmente i procedimenti). Sul punto v. GUILLAUME, *La « cause commune » devant la Cour Internationale de Justice*, in YAKPO & BOUMEDRA (eds.), *Liber Amicorum-Mohammed Bedjaoui*, Dordrecht, Boston, London, 1999, pp. 325-341, alle pp. 330-335. e *infra*, nota (66).

(58) A differenza dell'istituto della *riunione*, disciplinata dall'art. 47 del Regolamento (che dispone, alla sua prima frase: « The Court may at any time direct that the proceedings in two or more cases be joined »), che s'ispira al principio di *economia processuale* e che comporta l'adozione di un'unica decisione della Corte nei confronti delle Parti delle diverse controversie riunite, la determinazione di una causa comune tra più parti attrici o convenute non comporta l'adozione di un'unica decisione, servendo essa il diverso principio di *uguaglianza processuale* rispetto ad eventuali squilibri nella composizione della Corte dovuti ad una cattiva distribuzione dei seggi dei giudici di nazionalità delle Parti nel collegio giudicante. Sulla distinzione tra i due istituti v. il § 18 della *Dichiarazione comune* dei giudici BEDJAOUI, GUILLAUME e RANJEVA annessa alla sentenza della Corte Internazionale di Giustizia del 27 febbraio 1998 sulle eccezioni preliminari emessa nel caso Libia

via, — pure consentita dal suo Regolamento di procedura (59) —, decidendo di ascoltare tutte le Parti delle dieci controversie di séguito ma senza procedere alla determinazione della « *causa comune* ». Eppure, la giustificazione addotta dall'organo a sostegno del ricorso a questa procedura semplificata riguardava considerazioni relative all'identità, — dello Stato ricorrente e delle misure cautelari richieste —, nei dieci casi, e al carattere simile delle domande principali e delle posizioni dell'attore rispetto a tutti i convenuti: considerazioni che avevano portato la Corte a riconoscere una stretta connessione, anche se solo di fatto, tra i procedimenti (60).

La mancata determinazione dell'esistenza di una « *causa comune* » *ex* art. 31 § 5 dello Statuto, nonostante le contestazioni dell'agente iugoslavo, determinava un doppio ordine di problemi, opportunamente posti in luce dalle opinioni dei singoli giudici annesse alle ordinanze.

Essi riguardavano, da un lato, la corretta applicazione, da parte della Corte, del *principio di uguaglianza processuale* delle Parti in relazione alla sua *composizione*, per ciò che concerneva la nomina dei giudici *ad hoc* in quattro dei casi in esame; dall'altro, tali problemi attenevano alla radiazione di solo due dei dieci procedimenti dal Ruolo Generale, radiazione che oltre a porsi ugualmente in contrasto con il *principio di uguaglianza processuale delle Parti*, sembra in contrasto anche con altri princìpi generali ricavabili dall'art. 41 dello Statuto e con il Regolamento.

Nei due paragrafi che seguono approfondiremo queste due questioni.

5. La questione, senz'altro preliminare (61), della composizione del collegio giudicante veniva sollevata, come si è accen-

---

c. Regno Unito, uno dei due casi paralleli relativi alle *Questioni d'interpretazione e di applicazione della Convenzione di Montreal del 1971 derivanti dall'incidente aereo di Lockerbie* (in *ICJ Reports*, 1998, p. 32 ss., a p. 41 s.) e GUILLAUME, *La « cause commune »*, cit., pp. 339-340.

(59) Art. 47 citato *supra*, in note (6) e (56).

(60) Secondo la Corte: « ... Although each of these proceedings is a separate case, all of them were instituted by applications in similar terms, in which the Applicant takes the same position on the merits, and the provisional measures requested in each case are identical... », in *VR 99/14*.

(61) Il carattere preliminare della questione della nomina dei giudici *ad*

nato, in sede di interventi orali dall'agente iugoslavo, il quale contestava la nomina dei giudici *ad hoc* nei procedimenti contro gli Stati convenuti che non avevano cittadini della loro nazionalità nel collegio: Belgio, Canada, Italia e Spagna (62).

La Corte, nelle relative ordinanze, risolveva il problema in apertura, accogliendo le richieste dei convenuti di nominare i quattro giudici *ad hoc* ed affermando, in relazione all'obiezione iugoslava, fondata sull'art. 31 §§ 3 e 5 dello Statuto, che una tale decisione era giustificata nell'attuale fase di giudizio, senza però motivare (63).

---

hoc, in quanto questione appartenente alla composizione della Corte, è generalmente riconosciuto dalla dottrina. Si rinvia, per tutti, a ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court 1920-1996*, cit., vol. III, pp. 1131-1132. Ivi si richiama anche la giurisprudenza, con la citazione della posizione della Corte nel parere consultivo relativo alla Namibia, che qui si riporta: « Now the question whether a judge *ad hoc* should be appointed is of course a matter concerning the composition of the Bench and possesses... absolute logical priority ...(*omissis*)... It is thus a logical necessity that any request for the appointment of a judge *ad hoc* must be treated as a preliminary matter... » (§ 36 in *I.C.J. Reports*, 1971, p. 25 riportato da ROSENNE, *ibidem*, p. 1132).

(62) Il Portogallo non si avvaleva della possibilità di nominarne uno nonostante nel Collegio non sedesse un giudice portoghese (sul punto v. *supra*, nota (55), mentre la Iugoslavia chiedeva la nomina del giudice *ad hoc* KREÇA in base all'art. 31 dello Statuto, accolta dalla Corte non essendo state presentate obiezioni in proposito dalle altre Parti. Quest'ultimo giudice, però, una volta nominato sollevava obiezioni alla nomina di quattro giudici *ad hoc* per i rispettivi Stati convenuti: cfr. il § 4 dell'opinione dissidente del giudice, già citata, in sito cit. p. 3. Come correttamente si sottolinea in dottrina lo Statuto non contiene procedure per contestare la nomina del giudice *ad hoc* (ROSENNE, *op. ult. cit.*, p. 1134). Secondo questo A. il punto non è chiarito neppure dall'art. 35 § 4 del regolamento di procedura, che dispone che in caso di obiezioni o dubbi sul punto, la Corte decide. Questo perché non è chiaro cosa debba intendersi per 'Corte' ai sensi di questa disposizione: se cioè ci si voglia riferire alla Corte Internazionale di Giustizia come organo giurisdizionale precostituito oppure se ci si debba rifare al collegio giudicante che in concreto debba trattare il singolo caso.

In ogni modo, l'A. ritiene che « as a matter of principle, all questions regarding the composition of the Court are to be decided by the Member of the Court in the first place » (*ibidem*), anche se considera comunque legittimato a pronunciarsi anche l'eventuale giudice *ad hoc* già regolarmente nominato. ROSENNE conclude però affermando « practice on this matter is divided and unclear » (*ibidem*, p. 1135).

(63) Nell'ordinanza emessa nel caso *RFI v. Belgio*, paragrafo 12, si legge: « the Court, after due deliberation, found that the nomination of a judge ad hoc by Belgium was justified in the present phase of the case ». Analoghe affermazioni

La decisione, sia pure provvisoria, della Corte di non procedere in questa fase alla determinazione dell'esistenza di una « *causa comune* » tra i dieci procedimenti era oggetto di critica da parte di alcuni dei suoi giudici.

Secondo il giudice iugoslavo *ad hoc* KREÇA la Corte, nei casi in esame, avrebbe dovuto rifiutare di dar séguito alla richiesta dei quattro Stati convenuti, che ne erano sprovvisti, di nominare un giudice *ad hoc* della loro nazionalità nel collegio giudicante, in considerazione del fatto che la RFI, in quella fase del procedimento, non aveva sollevato obiezioni alla presenza di ben cinque giudici di nazionalità degli altri Stati convenuti in seno allo stesso collegio (64).

Nella sua opinione dissidente il giudice iugoslavo ricordava come la funzione svolta dall'istituto del giudice *ad hoc* fosse quella di consentire l'attuazione, nel caso concreto, del *principio fondamentale dell'uguaglianza processuale* delle Parti nei due possibili casi in cui si renda necessario procedere ad un riequilibrio della composizione del collegio. Il primo si verifica quando nel Collegio sieda già un Membro della Corte di nazionalità di una delle Parti della controversia; il secondo ha luogo invece quando nessuno dei membri della Corte possieda la nazionalità degli Stati litiganti (65).

Il giudice KREÇA riteneva che la decisione della Corte relativa alla nomina dei giudici *ad hoc* fosse la conseguenza del mancato riconoscimento che le Parti convenute facevano « *causa comune* » (66).

---

sono contenute nelle ordinanze relative ai casi *RFI* e, rispettivamente, *Canada, Italia e Spagna*.

(64) Op. diss. del giudice KREÇA, annessa al caso *RFI c. Belgio*, in *I.L.M.* 1999 cit., p. 987 ss. (in rete al seguente indirizzo: *www.ici-cijf.org/ icjwww/ idocket/ iybe/ iybeorders/ iybe-iorder-19990602-opinions/ iybe14/06/199906*, p. 1 ss.). Anche *supra*, nota (10).

(65) Op. cit., *ibidem*, p. 2, dove il giudice iugoslavo, per illustrare l'istituto del giudice *ad hoc*, si rifà espressamente a ROSENNE, *The Law and Practice of the International Court 1920-1996*, cit., vol. lII, pp. 1124-1125.

(66) Quest'ultima circostanza determinava infatti, nell'opinione del giudice, la violazione del principio di uguaglianza processuale non potendosi ritenere assolta, nei casi in esame, nessuna delle due funzioni dell'istituto — applicativo del suddetto principio —, del giudice *ad hoc* nell'attuale composizione del collegio giudicante. (v. il § 4 dell'op. diss., ultima frase in sito cit., p. 3).

Per il testo dell'art. 31 § 5 dello Statuto cfr. *supra*, nota (8). La norma statu-

Dal punto di vista dei rapporti tra Stato ricorrente e convenuti che avevano un giudice della loro nazionalità tra i membri del collegio, la Corte avrebbe dovuto *ex officio* verificare, pur in assenza di obiezioni da parte della Iugoslavia, se il principio di uguaglianza processuale fosse stato o meno rispettato ed avrebbe dovuto concludere, pur non avendo essa riconosciuto formalmente l'esistenza di una « *causa comune* », per la soluzione negativa e riconoscere alla Iugoslavia la possibilità di nominare tanti giudici *ad hoc* quanti fossero quelli, (cinque), che, cittadini degli Stati convenuti, sedevano di diritto nel collegio (67).

---

taria è completata dagli artt. 36 e 37 del Regolamento della Corte. L'art. 36 dispone che in caso la Corte ritenga (*finds*) che due o più Parti facciano causa comune (*are in the same interest*) e debbano considerarsi perciò come una sola Parte, nel caso in cui nessun membro della Corte di nazionalità di una delle Parti in questione sieda nel Collegio giudicante, essa fissa un limite di tempo entro il quale tali Parti possano congiuntamente scegliere (*may jointly choose*) un giudice *ad hoc*. Nella sua giurisprudenza, il criterio per determinare se due o più parti facciano « *causa comune* » è quello dell'identità delle conclusioni da parte degli Stati che si ritiene abbiano lo stesso interesse nella causa (v. *supra*, nota (57)).

In base ad esso, la Corte ha riconosciuto l'esistenza di una « *causa comune* », oltre che nei casi citati in nota (57), che riguardavano la richiesta di pareri consultivi, anche in fase contenziosa, ad esempio nei due casi paralleli della *Competenza in materia di diritti di pesca* (Rep. Fed. di Germania c. Islanda e Regno Unito c. Islanda), dove, fondandosi sul riconoscimento formale di una « *causa comune* » tra gli Stati attori, ha rifiutato di dar séguito alla domanda tedesca di nominare un giudice *ad hoc* di quella nazionalità, in considerazione del fatto che un giudice inglese già sedeva nel collegio e del fatto che, data l'identità delle conclusioni presentate dall'allora Rep. Fed. Tedesca e dal Regno Unito, nel caso tra l'allora Rep. Fed. di Germania e l'Islanda, le due Parti — RFT e Regno Unito — dovevano considerarsi come facenti « *causa comune* » ai sensi dell'art. 31 § 5 dello Statuto, e quindi non era necessario, in quella fase (Eccezioni preliminari) procedere alla nomina di un giudice *ad hoc* per la RFT (§ 7 della sentenza in *I.C.J. Reports*, 1973, p. 52). Per una rassegna dei casi di giurisprudenza in cui sia la Corte Permanente che l'attuale Corte internazionale di Giustizia hanno riconosciuto la causa comune tra Stati parti di procedimenti in svolgimento davanti ad esse, si rinvia a GUILLAUME, *La « cause commune »...*, cit., pp. 325-341, alle pp. 330-335. L'unico precedente, rispetto ai casi in esame, in cui la Corte non ha riconosciuto la *causa comune* nonostante da questa omissione ne derivassero seri problemi di equilibrio della sua composizione, è stato in uno dei due affari *Lockerbie*. Sul problema della causa comune davanti alla CIG, oltre a GUILLAUME, *La « cause commune »...*, cit., pp. 325-341 a p. 335 ss., v. anche ROSENNE, *Procedure in the International Court. A Commentary on the 1978 Rules...*, cit., pp. 88-90, e *The Law and Practice of the International Court 1920-1996*, cit., vol. III, pp. 1138-1140.

(67) Op. diss. del giudice KREÇA cit., § 3.

Dal punto di vista dei rapporti tra Stato ricorrente e Stati convenuti che non annoveravano loro concittadini tra i membri del collegio, il principio di uguaglianza delle Parti sarebbe stato violato, nell'opinione di KREÇA, riconoscendo, da parte della Corte, la possibilità di nominare quattro giudici *ad hoc* nei quattro procedimenti intentati dalla RFI rispettivamente contro il Belgio, il Canada, la Spagna e l'Italia, senza tenere conto delle obiezioni, questa volta debitamente sollevate dalla ricorrente ai sensi dell'art. 31 §§ 3 e 5 dello Statuto, contro tali nomine, e senza che vi fosse sul punto adeguata motivazione, da parte della Corte, a sostegno della soluzione ritenuta nelle relative ordinanze (68).

La decisione della Corte di non dichiarare la « *causa comune* » in fase cautelare determinava senz'altro, come emerge del resto dalla posizione del giudice appena riportata, una violazione del principio di uguaglianza processuale delle parti, causando un'anomalia nella composizione del collegio giudicante.

Per quanto riguardava la prima situazione illustrata dal giudice iugoslavo, e relativa ai rapporti tra Stato ricorrente e convenuti che avevano un giudice della loro nazionalità tra i membri del collegio, va condivisa, a nostro parere, la sua posizione critica nei confronti della mancata considerazione, da parte della Corte e sia pure d'ufficio, dei riflessi di quella situazione sulla composizione della Corte.

Come già accennato nell'introduzione (69), i casi 'paralleli' comportano inevitabilmente problemi di squilibrio nella composizione della Corte nel caso in cui la parte costituita dal gruppo di Stati che condivide lo stesso interesse (che fa causa comune (70)) sia rappresentata nel collegio da più di un membro di diritto della Corte, il quale sia anche cittadino di alcuni di questi ultimi, data l'inamovibilità dei membri di diritto della Corte (71).

---

(68) Op. diss. del giudice KREÇA, § 4.

(69) *Supra*, par. 1.

(70) Nella versione inglese dell'art. 31 dello Statuto e degli artt. 36 e 37 del Regolamento, l'espressione '*parti che fanno causa comune*' si traduce '*parties in the same interest*'.

(71) La situazione di squilibrio rappresentata nel testo in casi 'paralleli' o comunque in procedimenti dove una delle due parti è costituita da un gruppo di Stati che condividono lo stesso interesse e possano annoverare tra i membri della Corte più giudici della nazionalità di alcuni di essi, era ben nota sin dai tempi del-

L'unico modo per ovviare a questa situazione sembrerebbe proprio quello suggerito dal giudice iugoslavo di procedere alla

---

l'eleborazione dello Statuto della Corte Permanente di Giustizia Internazionale. Come si ricorda in dottrina (GUILLAUME, *La « cause commune »...*, cit., p. 325; e ROSENNE, *The Law and Practice 1920-1996...*, cit., p. 1138 ss.), il Comitato consultivo dei giuristi, costituito a quello scopo dalla Società delle Nazioni, escluse ogni proposta tendente ad estromettere i giudici di nazionalità degli Stati parti in procedimenti davanti alla CPGI, ove ciò potesse comportare una diseguaglianza tra le parti, invocando il rischio di non raggiungere il *quorum* necessario per le deliberazioni; l'attentato al carattere universale della Corte; l'attentato al principio dell'indipendenza dei giudici dalla loro nazionalità una volta eletti come membri di diritto della Corte secondo le apposite procedure; la necessità di tenere conto delle esperienze giuridiche dei giudici cittadini delle parti (*ibidem*). Anche in sede di Regolamento di procedura si tentò, in occasione dei lavori di revisione del 1926, di far passare una proposta volta a rimediare alla situazione con la previsione della possibilità di estromettere i giudici, anche membri di diritto, dal collegio ove ciò squilibrasse la sua composizione, ma essa fu bocciata per 9 voti contro 2 proprio per il carattere inamovibile dei membri di diritto (ROSENNE, *The Law and Practice 1920-1996...*, cit., p. 1140-1141). Come osserva GUILLAUME, (*La « cause commune »...*, cit.) lo Statuto ed il Regolamento contengono in sostanza un'antinomia tra il principio di inamovibilità dei giudici eletti di diritto (deducibile dall'art. 2 dello Statuto) ed il principio di uguaglianza processuale cui s'ispira tutta la procedura davanti alla Corte e che informa in particolare l'istituto del giudice *ad hoc*. Quest'antinomia si rivela nella disciplina della sostituzione dei giudici (art. 37 del Regolamento), nella disposizione (art. 37 § 2) che, in chiara deroga all'art. 2 dello Statuto ed al principio del carattere permanente dell'organo e della conseguente inamovibilità dei giudici eletti, sancisce il principio per cui in caso di incapacità del membro di diritto della Corte di partecipare ad una fase del procedimento, le parti che fanno 'causa comune' non avranno diritto alla nomina di un giudice *ad hoc* in sostituzione di tale membro, ove nel collegio sieda un altro giudice cittadino di un altro degli Stati che condividono lo stesso interesse: « En définitive, le Statut et le Réglement ont été amenés à appliquer deux principes fondamentaux qu'il leur a fallu de hiérarchiser. Le premier est celui selon lequel la Cour est une juridiction permanente dont les membres sont en droit de siéger dans toute affaire indépendamment de leur nationalité. Il est proclamé à l'article 2 du Statut. » (*ibidem*).

« Le seconde est celui selon lequel chaque Etat est en droit lorqu'il est partie devant la Cour, de désigner un juge *ad hoc* si aucun juge de sa nationalité ne siège au sein de la Cour. Cette institution a pour objet d'assurer l'égalité des parties. Aussi, en cas de cause commune, un seul juge *ad hoc* peut-il etre désigné par les parties se trouvant dans cette situation.

Mais les auteurs du Statut et du Réglement ont privilégié le principe de la permanence de la Cour par rapport à celui d'égalité des parties. Dés lors qu'un membre de la Cour est en droit de siéger dans une affaire, il conserve ce droit, quelles que soient les parties » (*ibidem*, p. 330). L'A. conclude ritenendo che « C'est seulement à l'occasion de la désignation des juges *ad hoc* que le principe

nomina di tanti giudici *ad hoc* in favore della controparte, quanti ne servano a compensare lo squilibrio determinato dalla maggiore rappresentanza dei giudici di nazionalità degli Stati della Parte avversa facenti « *causa comune* » (72). La Corte avrebbe dovuto quindi prima di tutto applicare d'ufficio l'art. 31 § 5 dello Statuto e riconoscere l'esistenza dello stesso interesse tra i dieci convenuti, e poi eventualmente avrebbe potuto anche procedere al riequilibrio del collegio, anche se questa possibilità non trova precedenti nella sua giurisprudenza.

In ogni caso però, e tenendo conto di quanto precede, la Corte non avrebbe dovuto, in relazione alla seconda situazione ipotizzata dal giudice iugoslavo e relativa ai rapporti tra Stato ricorrente e Stati convenuti che non annoveravano loro concittadini tra i membri del collegio, procedere alla nomina dei quattro giudici *ad hoc* per quattro degli Stati convenuti, nonostante le proteste dell'agente iugoslavo e, soprattutto, senza motivare i provvedimenti.

La situazione di squilibrio venutasi a creare nei casi qui in esame sotto entrambi i profili appena illustrati, trovava un precedente nell'attuale Corte, nei due affari 'paralleli' relativi all'*Incidente aereo di Lockerbie* (fase delle eccezioni preliminari), in particolare nel procedimento Libia c. Regno Unito (73). Si trattava, come nei casi presenti, di casi « paralleli » in cui gli Stati

---

d'égalité reprend toute sa force et que les dispositions sur la cause commune trouvent à s'appliquer » (*ibidem*). Queste osservazioni sembrano tanto più valide quando si tenga presente, con ROSENNE (*The Law and Practice... 1920-1996*, cit., p. 1140), che oggi il numero dei casi in cui si possono verificare squilibri dovuti ad una maggiore rappresentanza di giudici della nazionalità di Stati che condividono lo stesso interesse in una causa è destinato a moltiplicarsi, a causa dell'esistenza di organizzazioni internazionali che condividono determinate competenze con gli Stati membri, come l'UE, o che esercitano funzioni collettivamente attribuite dagli Stati membri i quali restano però responsabili individualmente per quegli atti. Nella giurisprudenza della Corte situazioni del genere, attualmente, si sono prospettate nel caso della *Competenza in materia di pesca* tra Spagna (che condivide la sua competenza in fatto di pesca con la Comunità europea) ed il Canada; mentre un caso del secondo genere sembra senz'altro da individuarsi nell'intervento NATO in RFI oggetto dei casi qui analizzati, dove gli Stati convenuti sono stati chiamati in giudizio sia congiuntamente (in quanto appartenenti all'organizzazione del Trattato del Nord-Atlantico), che disgiuntamente, in base alle responsabilità individuali.

(72) L'opinione del giudice trova del resto, a nostro avviso, autorevole adesione in dottrina nella tesi di GUILLAUME appena richiamata.

(73) Per i precedenti nella giurisprudenza della Corte Permanente, si rin-

convenuti potevano senz'altro essere considerati come facenti « *causa comune* » in considerazione dell'identità delle loro conclusioni (74). Come nei nostri casi, inoltre, nel collegio sedevano di diritto due giudici della nazionalità dei convenuti mentre l'attrice aveva dovuto nominarne uno *ad hoc* (75).

Negli affari *Lockerbie*, però, non ci si sarebbe trovati di

---

via a GUILLAUME, *La « cause commune »...*, cit., pp. 325-341 e ROSENNE *The Law and Practice... 1920-1996*, cit., vol. III (*Procedure*), p. 1140 s. Per il precedente commentato: *Questioni d'interpretazione e di applicazione della Convenzione di Montreal del 1971 derivanti dall'incidente aereo di Lockerbie* (Libia c. Regno Unito e Libia c. Stati Uniti) pubblicate, in *ICJ Reports*, 1998, p. 1 ss. e 12 ss. Nel caso contro il Regno Unito, la Corte, pur avendo precedentemente, in sede cautelare disposto per l'audizione comune orale delle due cause (*supra*, nota (56)), in fase di eccezioni preliminari decideva con sentenza che le due Parti convenute, USA e UK, non facevano « *causa comune* » ai sensi dell'art. 31 § 5 dello Statuto e che perciò il Regno Unito aveva diritto a designare un giudice *ad hoc* inglese nel relativo procedimento. Contro la decisione della Corte si esprimevano i giudici BEDJAOUI, GUILLAUME e RANJEVA in una *Dichiarazione comune* annessa alla sentenza del 27 febbraio 1998 — eccezioni preliminari — nei casi relativi alle *Questioni d'interpretazione e di applicazione della Convenzione di Montreal del 1971 derivanti dall'incidente aereo di Lockerbie* (Libia c. Regno Unito) in *I.C.J. Reports*, 1998, cit., p. 45. Per la dottrina di commento a questa sentenza: GUILLAUME, *La « cause commune »*, cit., pp. 325-341; la rassegna a cura di PAULUS, *Jurisprudence of the International Court of Justice: Lockerbie Cases. Preliminary objestions*, in *European Journal of International Law*, 1998, p. 550 ss.; e la rassegna commentata della Corte a cura di RUIZ-FABRI e SOREL, in *Journal de Droit International*, 1999, p. 850 ss.

(74) Sul criterio dell'identità delle conclusioni degli Stati nei confronti dei quali riconoscere la « *causa comune* » v. *supra*, nota (57). Per quanto riguarda l'esistenza di una causa comune nei due casi *Lockerbie*, oltre ai giudici BEDJAOUI, GUILLAUME e RANJEVA nella *Dichiarazione comune* citata *supra*, in nota (73), si pronunciano a favore RUIZ FABRI, SOREL, nella rassegna commentata al caso in *Journal de Droit international*, 1999, cit., p. 852, e GUILLAUME, *La « cause commune »...*, cit.: « ... il était clair que dans cette phase de la procédure les Etats-Unis et le Royaume-Uni présentaient à la Cour les memes conclusions et fasaient donc cause commune... » (*ibidem*, p. 337).

(75) In quei casi la Corte contava su due giudici della nazionalità dei convenuti quali suoi membri di diritto. Il giudice americano SCHWEBEL, trovandosi in una situazione d'incompatibilità tra la sua carica di Presidente del Collegio e cittadino di uno degli Stati parti della controversia, aveva rinunciato alla carica non solo, conformemente all'art. 32 dello Statuto, nel caso intentato dalla Libia contro il suo Paese, ma anche nel giudizio contro il Regno Unito (sull'episodio v. *supra*, nota (54). La giudice HIGGINS, a sua volta, comunicava alla Corte la sua intenzione di non partecipare ai due affari, in considerazione della sua precedente partecipazione in qualità di consigliere giuridico del Regno Unito, nel procedimento che opponeva la Libia a quest'ultimo Stato.

fronte ad alcun problema di composizione della Corte, se quest'ultima avesse rigettato la richiesta di nomina di un giudice *ad hoc* cittadino dello Stato convenuto (Regno Unito), avanzata a seguito della rinuncia del membro inglese di diritto (76). Accogliendo la richiesta inglese, si squilibrava nuovamente il collegio a favore dei convenuti. La Corte, agendo così, violava il principio di uguaglianza delle Parti andando incontro a critiche sia da parte di alcuni giudici del collegio che della dottrina (77). Secondo una dichiarazione comune di alcuni dei suoi giudici, si sarebbe dovuto a ragione considerare quest'ultimo Stato come facente « *causa comune* » con l'altro membro di diritto, statunitense, che si trovava nella stessa posizione processuale (convenuto) davanti alla Corte, nel procedimento « parallelo » attivato dalla Libia, e ritenere di conseguenza adeguatamente rappresentato dal giudice americano lo Stato britannico convenuto nel relativo procedimento (78).

A noi sembra che, agli effetti delle regole in materia di composizione della Corte e di nomina dei giudici *ad hoc*, il precedente sia analogo a quanto accaduto nei casi qui esaminati e che a questi ultimi siano applicabili le critiche mosse in dottrina alla Corte di non riconoscere, anche d'ufficio, una « *causa comune* » tra i convenuti.

Per quanto riguarda questi ultimi, i requisiti per poter procedere ad una tale determinazione erano, secondo noi, presenti, e lo dimostrava il fatto che una sostanziale connessione tra i dieci procedimenti era stata, quantomeno implicitamente, riconosciuta dalla stessa Corte, con la decisione di semplificare l'audi-

---

(76) Dopo la decisione della giudice HIGGINS, il governo britannico chiedeva la nomina del giudice *ad hoc* Sir Robert JENNINGS per sostituire il membro inglese « *di diritto* » della Corte. Per l'esito v. *infra*, nota (78).

(77) *Supra*, in nota (73).

(78) Così i giudici BEDJAOUI, GUILLAUME e RANJEVA nel § 21 (*Conclusioni*) della *Dichiarazione comune*, cit. (in *ICJ Reports*, 1998, p. 45) e, in dottrina, GUILLAUME, *La « cause commune »...*, cit., il quale, dopo aver ricordato che la decisione della Corte di non riconoscere la causa comune tra Gran Bretagna e Stati Uniti in quella fase del procedimento, e di accedere di conseguenza alla richiesta del governo britannico di nominare un giudice *ad hoc*, era stata presa per 10 voti contro 3, così commenta: « ... Cette décision paraît à priori contraire à la jurisprudence antérieure... » (*ibidem*, p. 335) e, dopo aver esaminato le possibili ragioni a giustificazione di un tale orientamento, non ritiene che ve ne fossero di adeguate e conclude per la necessità del suo rigetto.

zione delle osservazioni orali dei dieci distinti procedimenti cautelari in considerazione dell'identità delle misure richieste, del carattere simile delle domande, e del fatto che la ricorrente teneva le stesse posizioni in tutti i procedimenti (79).

Se è vero, infatti, che tali affermazioni si riferivano allo Stato ricorrente, e non ai convenuti, (mentre a rigore la « *causa comune* » avrebbe dovuto essere accertata sulla scorta dell'identità delle conclusioni presentate dalle Parti che si vogliono coinvolte in essa: nel nostro caso i dieci Stati convenuti (80), sembra altrettanto importante tenere presenti le circostanze che indussero la Iugoslavia a presentare dieci distinte domande in luogo di una sola contro la NATO, e cioè il fatto che lo Statuto della Corte Internazionale di giustizia, in relazione alla giurisdizione contenziosa, non permette il ricorso da parte di soggetti diversi dagli Stati. Sono escluse cioè dal diritto di ricorrere alla Corte le organizzazioni Internazionali, che pure godono della soggettività internazionale (81).

Tenendo presente questa circostanza, unita al fatto che la RFI aveva presentato domanda contro i convenuti congiuntamente come Stati agenti per conto della NATO e disgiuntamente come agenti individualmente, è difficile non riconoscere una quasi perfetta identità dalla parte delle domande (principali e in via cautelare) dello Stato ricorrente.

Occorre poi rilevare, a fronte dell'identità delle domande e delle richieste ai sensi dell'art. 41 dello Statuto, l'identità delle posizioni di tutti e dieci gli Stati convenuti, in quanto criterio determinante ai fini del riconoscimento in questa sede di una « *causa comune* » (82). Questi ultimi, infatti, nelle osservazioni

---

(79) *Supra* note (56) e (60).

(80) L'irrilevanza della qualità di attore o convenuto della Parte alla quale appartengono gli Stati coinvolti nella « *causa comune* » è condivisa, in dottrina, da GUILLAUME, *La « cause commune »...*, cit., p. 338, dove si riconosce però che nei casi in cui essa è stata riconosciuta dalla Corte, si trattava in genere di Parti attrici.

(81) Diversa è la questione, sulla quale non è possibile soffermarsi in questa sede, della *ricevibilità del ricorso* in relazione al problema della mancanza di legittimazione passiva degli Stati convenuti, in considerazione della possibile imputazione della responsabilità dell'intervento alla NATO — soggetto non legittimato a stare davanti alla Corte — e non ai singoli Stati agenti nel quadro dell'organizzazione.

(82) *Supra*, nota (66).

orali esposte nel corso del procedimento cautelare, avevano dimostrato una sostanziale omogeneità di posizioni, chiedendo tutti alla Corte di rigettare le richieste iugoslave per difetto dei vari titoli di competenza invocati dalla ricorrente; per l'assenza dei requisiti richiesti per l'indicazione delle misure e per l'inopportunità connessa ad un'eventuale indicazione delle misure richieste da parte della Corte (83).

Contro la possibilità di riconoscere l'esistenza di una « *causa comune* » rispetto a Stati parti di più casi « paralleli », non si può far leva sulla tesi per cui l'art. 31 § 5 dello Statuto sarebbe applicabile soltanto all'interno di ogni singolo caso e quindi non potrebbe invocarsi in relazione a più procedimenti (84). Come è stato ben dimostrato in dottrina, infatti, essa si scontra con la consolidata giurisprudenza della Corte, che non ha esitato a riconoscere l'esistenza di una causa comune in casi « paralleli », ossia casi proposti separatamente da un unico attore contro più convenuti o *viceversa* (85).

Neppure la diversità dei titoli di giurisdizione sui quali la RFI aveva fondato, nei singoli procedimenti, la competenza della Corte può costituire argomento valido ai fini dell'esclusione di una « *causa comune* » tra i convenuti. Da un lato, infatti, quest'ultimo istituto non va confuso con quello, diverso, della riunione, come dimostra la consolidata giurisprudenza della Corte che ha riconosciuto la « *causa comune* » in casi paralleli costituiti da procedimenti distinti, e come afferma autorevole dottrina, sottolineando il fatto che il riconoscimento di una « *causa comune* » senza riunire i casi paralleli porta comunque a pronunce separate e non ad un unico giudicato come nel caso della riunione. Dall'altro lato, la stessa giurisprudenza della Corte ha sempre ri-

---

(83) Per l'identità delle conclusioni presentate dai convenuti, si rinvia ai resoconti degli interventi orali svoltisi davanti alla Corte tra il 10 ed il 12 maggio 1999 e più volte citati, (*VR* da *14 a 35* in rete all'indirizzo cit.) e *supra*, al § 2, e nota (39).

(84) L'argomento fu avanzato dal Regno Unito nel relativo caso « parallelo » di *Lockerbie, eccezioni preliminari*, e criticato dai giudici BEDJAOUI, GUILLAUME e RANJEVA nella dichiarazione comune annessa alla sentenza, in quanto, presupponendo l'esistenza di un unico caso, *ab origine* o dopo formale riunione, confondeva l'istituto della « *causa comune* » con quest'ultimo. V. il § 17 della Dich. comune, in *ICJ Reports*, 1998 cit., p. 40.

(85) GUILLAUME, *La « cause commune »...*, cit., p. 338-339.

conosciuto che il criterio dell'identità delle conclusioni degli Stati che si vogliono coinvolti nello stesso interesse, fosse slegato dalle motivazioni e dalle argomentazioni utilizzate per arrivarvi (86).

In secondo luogo, a sostegno dell'esistenza dei requisiti necessari al riconoscimento di una « *causa comune* » tra i convenuti, si può anche ricordare la scelta del presidente della Corte, giudice SCHWEBEL, di rinunziare a presiedere il collegio non solo nel procedimento RFI v. USA ma anche negli altri nove: la giustificazione dell'inopportunità addotta senza ulteriori motivazioni dal giudice si poteva spiegare soltanto riconoscendo la sua convinzione circa la sussistenza di una « *causa comune* » tra gli Stati convenuti (87).

La decisione di tenere formalmente separati i dieci procedimenti senza neppure riconoscere la « *causa comune* » tra di essi determinava perciò, come aveva fatto a nostro avviso correttamente rilevare il giudice iugoslavo, uno squilibrio nella composizione della Corte, tra il numero di giudici cittadini dello Stato ricorrente (uno) ed il numero di giudici degli Stati convenuti (cinque + uno nei casi contro Belgio, Canada, Italia e Spagna nei rispettivi procedimenti), quindi a sfavore dello Stato ricorrente, in violazione del principio di uguaglianza delle Parti (88).

Questa decisione della Corte si dimostra criticabile anche e soprattutto sul piano degli effetti pratici che da essa sono poi, necessariamente, derivati: il rigetto di tutte e dieci le richieste d'indicazione del « cessate il fuoco » avanzate dalla RFI contro l'intervento militare NATO, intervento giuridicamente poco giustificabile, non solo, come noi crediamo, alla luce degli stessi princìpi (umanitari) sui quali pretendeva fondarsi, ma soprattutto sotto il profilo delle modalità della sua attuazione (89).

Ci si potrebbe domandare se in effetti, in presenza di un collegio più equilibrato, gli esiti delle richieste non sarebbero

---

(86) Vedila in GUILLAUME, *La « cause commune »...*, cit., *ibidem*.

(87) *Supra*, nota (53). In questo senso anche SACCUCCI, art. in *Italian YBIL*, cit., p. 184.

(88) *Supra*, nota (11). Ricordiamo che sedeva come membro di diritto della Corte nei dieci casi anche il giudice HERCZEGH, ungherese, pure cittadino di uno degli Stati NATO anche se non coinvolto nelle controversie presentate dalla RFI nel 1999.

(89) Sul punto v. *supra*, § 2 e relative note.

stati diversi. Se infatti, in linea di principio, la funzione dell'istituto del giudice *ad hoc* è quella di eguagliare la posizione delle Parti nel processo davanti alla Corte, è anche vero, come sottolinea autorevole dottrina e come dimostra la stessa giurisprudenza della Corte, che la funzione svolta dai giudici in generale e da quelli *ad hoc* in particolare, — nonostante la lettera dell'art. 20 dello Statuto (90), applicabile anche ai giudici *ad hoc* in virtù dell'art. 31 § 6 di quest'ultimo (91) —, è stata soprattutto quella di sostenere le ragioni, o, quantomeno, di portare ogni argomento utile, a favore dello Stato Parte della controversia che procede alla loro nomina e del quale, spesso, essi sono cittadini (92).

Ciò trova sostanziale conferma nei casi in esame, nelle

---

(90) L'art. 20 dello Statuto della Corte dispone: « Ogni membro della Corte, prima di entrare in funzione, deve fare in udienza pubblica una dichiarazione solenne di esercitare le sue attribuzioni in modo imparziale e coscienzioso ».

(91) Il quale dispone che i giudici *ad hoc* debbono adempiere alle condizioni richieste, tra l'altro, dall'art. 20 sopra citato.

(92) ROSENNE, *The composition of the Court*, in GROSS (ed.), *The Future of the International Court of Justice*, New York, 1976, a p. 405, dove si legge: « ... Examination of the actual voting record in the Court between 1947 and June 1975 confirms that in contentious cases, broadly speaking, there is a tendency, perhaps more marked in the case of the judges *ad hoc*, for judges to reach conclusions favourable to those advanced by the States of which they are nationals... ». Quest'affermazione si è rivelata corretta anche alla luce della prassi successiva al 1975, come rileva lo stesso autore, da ultimo, in *The Law and Practice of the International Court 1920-1996*, cit., vol. III, pp. 1125 ss., a p. 1128. Lo stesso A. tuttavia specifica che ciò non significa che: « ... judge *ad hoc* sits in order to continue the pleading of the appointing Party when the Court deliberates... » (*ibidem*, p. 1126) e richiama sul ruolo dell'istituto, l'opinione separata del giudice E. LAUTERPACHT resa nel caso dell'*Applicazione ed interpretazione della Convenzione sul genocidio* (*Bosnia-Enegovina c. RF1*), seconda ordinanza sull'ulteriore richiesta d'indicazione di misure cautelari (in *ICJ Reports*, 1993, par. 5 a p. 409). In essa il giudice, pur rigettando una concezione del ruolo del giudice *ad hoc* di: « ... rappresentante dello Stato che lo ha eletto... », tuttavia riconosceva che: « ...consistently with the duty of impartiality by which a judge *ad hoc* is bound, there is still something specific that distinguishes his role. He has, I believe, the special obligation to endeavour to ensure that, so far as is reasonable, every relevant argument in favour of the party that has appointed him has been fully appreciated in the course of collegial consideration and, ultimately, is reflected — though not necessarily accepted — in any separate or dissenting opinion that may write... » (cit. da ROSENNE, *op. ult. cit.* a p. 1127 e nota 41).

espressioni di voto dei singoli giudici nell'ambito dei dieci procedimenti intentati dalla Iugoslavia (93).

A nulla vale infine obiettare che in tal modo l'istituto legittima una sorta di « *iudex in re sua* » poiché ciò è conforme, secondo la dottrina, al fondamento arbitrale della funzione giurisdizionale internazionale, basato sul principio del consenso di tutte le Parti a questo mezzo di risoluzione della controversia (94).

6. Nei confronti di Spagna e Stati Uniti la Corte, oltre a dichiararsi *prima facie* incompetente rispetto a tutti i titoli di giurisdizione invocati dalla ricorrente (95), decideva inoltre di cancellare le due cause dal ruolo generale (96).

---

(93) Nel caso *RFI v. Belgio*, sulla richiesta di indicazione di misure cautelari, i giudici hanno così votato: 12 voti contro tale indicazione, tra i quali i voti dei giudici statunitense, francese, tedesco inglese, olandese, ungherese e di quello *ad hoc* belga; 4 voti a favore dell'indicazione tra i quali quello del giudice *ad hoc* iugoslavo. Lo stesso è avvenuto, *mutatis mutandis*, in relazione cioè ai giudici *ad hoc* degli Stati convenuti, diversi nei vari procedimenti: nel caso *RFI v. Canada*, si sono registrati 12 voti a favore del rigetto, tra i quali quelli dei cinque Membri di diritto della Corte di nazionalità di cinque degli Stati convenuti nei rispettivi procedimenti, e quello del giudice *ad hoc* canadese; e 4 voti contro il rigetto tra i quali quello del giudice *ad hoc* iugoslavo; in quello *RFI v. Italia* si sono registrati 13 voti a favore del rigetto, compreso quello del nostro giudice *ad hoc* GAJA, e tre voti contro, tra i quali quello del giudice *ad hoc* iugoslavo; nel caso *RFI v. Spagna* invece, la maggioranza ha compreso oltre a tutti i cinque giudici membri della Corte anche cittadini di Stati convenuti, anche il giudice iugoslavo KREÇA: quest'ultimo però, soltanto in relazione al provvedimento di rigetto della richiesta di indicazione di misure cautelari e non anche con riferimento a quello di radiazione delle cause contro Spagna e Stati Uniti dal ruolo. Su quest'ultimo punto si rinvia *infra*, al paragrafo successivo. Cfr. le quattro ordinanze, rispettivamente al § 51 punto (1) (*RFI c. Belgio*); § 47 punto (1) (*RFI c. Canada*); § 39, punto (1) (*RFI c. Italia*); par. 40 punto (1) (*RFI c. Spagna*).

(94) ROSENNE, *The composition of the Court*, in GROSS (ed.), *The Future of the International Court of Justice*, New York, 1976, pp. 405-408.

(95) *Supra*, par. 3.

(96) *Supra*, par. 3, e nota (49). Nel § 29 dell'ordinanza resa nel caso *RFI c. Stati Uniti* si legge: « Whereas it follows from what has been said above that the Court manifestly lacks jurisdiction to entertain Yugoslavia's Application; whereas it cannot therefore indicate any provisional measure what so ever in order to protest the rights invoked therin; and *whereas, with in a system of consensual jurisdiction, to maintain on the General List a case upon which it appears certain that the Court win not be able to adjudicate on the merits would most assuredly not con-*

Quest'ultima decisione veniva criticata da alcuni dei giudici del collegio.

In particolare, il giudice PARRA-ARANGUREN, nelle sue opinioni annesse alle ordinanze nei confronti di Spagna e Stati Uniti, affermava che la rimozione dei due casi dal ruolo generale fosse da considerarsi contraria all'art. 79 del Regolamento della Corte. Questa disposizione richiede la forma della sentenza (*judgment*) per ogni decisione sulla ricevibilità e la competenza. Secondo il giudice, pertanto, tale rimozione non avrebbe potuto essere oggetto di ordinanza in sede cautelare ma decisa quantomeno nella fase successiva delle obiezioni preliminari (97).

---

tribute to the sound administration of justice » (corsivo nostro; in *I.L.M.* 1999 cit., p. 1193).

Analoga constatazione è fatta nel § 35 dell'ordinanza relativa al caso *RFI c. Spagna* (in *I.L.M.* 1999, cit., p. 1157).

La radiazione della causa dal Ruolo generale della Corte era stata chiesta, in sede d'interventi orali, da alcuni degli Stati convenuti, compresa l'Italia, proprio in considerazione dell'argomento dell'incompetenza della Corte. Si rinvia alle conclusioni orali di Francia (*VR 99/17* del 10 maggio 1999); Italia (*VR 99/19* dell'11 maggio 1999); Spagna (*VR 99/22* dell'11 maggio 1999). Va osservato che, al contrario della Spagna, gli Stati Uniti, nei confronti dei quali la Corte aveva preso analoga decisione di radiazione dal Ruolo del relativo procedimento, non avevano avanzato una richiesta in tal senso: v. i *VR 99/24* e *99/35*.

(97) Nella sua op. sep. nel caso *RFI-USA* il giudice afferma: « The Court has no discretionary powers to depart from the Rules established by Article 79. The present proceedings have not yet reached the stage of preliminary objections. Therefore, when deciding upon a request for provisional measures, in my opinion the Court can neither make its final determination on jurisdiction nor order the removal of the case from the Court's List ». Del tutto opposta la posizione della giudice HIGGINS nella sua opinione separata annessa all'ordinanza nel caso *RFI c. Belgio*, dove si legge: « 29. (...) an absence of *prima facie* jurisdiction at this stage (ossia nel processo cautelare) and for this purpose (indicazione delle relative misure) does not necessarily mean that jurisdiction may not, in the event, later be established. *However, if in considering whether there is jurisdiction* prima facie *for purposes of Article 41 of the Statute, it is clear beyond doubt that no jurisdiction exists in a particular case, good administration of justice requires that the case be immediatly struck off the List in limine* » (corsivo nostro). Si segnala infine la dichiarazione del giudice *ad hoc* GAJA nel caso *RFI c. Italia*, il quale concorda con la decisione della maggioranza di eliminare i due casi qui analizzati dal Ruolo e di non radiare gli altri otto casi, compreso quello contro l'Italia, ma ne vuole chiarire i motivi. Secondo il nostro giudice essi risiedono essenzialmente nel fatto che, rispetto al titolo di giurisdizione costituito dalla Convenzione sul genocidio, anche se la Parte attrice non è riuscita in fase cautelare a dimostrare un ragionevole nesso tra i diritti protetti da quell'accordo e la condotta dell'Italia e degli altri Stati

Il rilievo poteva apparire corretto se considerato dal punto di vista del principio, contenuto in clausole consuete nella giurisprudenza dell'organo, del non pregiudizio della possibilità, per la Corte, di affermare la competenza in fasi successive del procedimento (98). Ciò, dato che la cancellazione dal ruolo comportava invece, implicitamente, un giudizio definitivo, in linea di principio escluso in fase cautelare, sulla futura competenza nel merito della Corte (99).

L'opinione separata del giudice ODA, dal canto suo, tendeva a dimostrare la violazione del principio di uguaglianza processuale delle Parti, nella misura in cui solo alcuni (otto) dei dieci Stati convenuti avrebbero dovuto assoggettarsi, a differenza di Spagna e USA, a fasi ulteriori del procedimento. Secondo il giudice giapponese, poiché era stata rilevata l'assenza di competenza *prima facie* dalla Corte anche nei procedimenti relativi agli altri otto convenuti, avrebbero dovuto essere presi analoghi provvedimenti di cancellazione delle rispettive cause dal ruolo anche

---

nei confronti dei quali è stato invocato, non è detto che essa non possa riuscirci in una ulteriore fase del procedimento, per cui la radiazione rappresenterebbe una soluzione troppo drastica in quanto: « The Applicant State should therefore be given an opportunity to develop its position in a memorial — whether or not its arguments are meritorious ».

(98) L'espressione '*clausole di non pregiudizio*' è utilizzata in dottrina da DANIELE, (*Le misure cautelari...*, cit., p. 45), con riferimento a quelle clausole, spesso contenute nelle ordinanze della Corte rese in virtù dell'art. 41 dello Statuto, che servono a chiarire che l'esercizio dei poteri basati su quella norma si fonda su di una competenza della Corte di carattere provvisorio, (come provvisorie sono le misure eventualmente indicate), ed a distinguere perciò la competenza cautelare da quella principale e definitiva della Corte, che non potrà quindi essere pregiudicata dalle pronunce rese *ex* art. 41. Sul punto v. *infra*, le nostre conclusioni.

(99) Nelle altre otto ordinanze (*RFI* contro, rispettivamente, *Belgio, Canada, Paesi bassi, Portogallo, Regno Unito, Francia, Germania e Italia*), la Corte così si esprime a proposito delle conseguenze derivanti dalla sua affermazione di incompetenza *prima facie*: « Whereas, however, the findings reached by the Court in the present proceedings in no way prejudge the question of the jurisdiction of the Court to deal with the merits of the case (...), or any question relating to the admissibility of the Application, or relating to the merits themselves; and whereas they leave unaffected the right of the Governments (...) to submit arguments in respect of those questions » aggiungendo, in quei casi dove vi era stata espressa richiesta, (da parte dell'Italia, Francia e Spagna), di non poter accogliere la richiesta di quest'ultima di rimuovere il caso dal ruolo generale « *at this stage of the proceedings* » (corsivo nostro; si rinvia, per tutte, al § 34 dell'ordinanza nel caso *RFI c. Italia*, in *I.L.M.* 1999, cit., p. 1095).

nei confronti di tutti questi. La Corte, concludendo diversamente, ossia differenziando tra due gruppi di Stati avrebbe trattato casi uguali in modo diverso ed agito così in modo non appropriato, (leggi: contrario al principio di uguaglianza processuale) (100).

Occorre in effetti riconoscere, con il giudice ODA, che l'accertamento definitivo, in fase cautelare, dell'assenza di giurisdizione rappresenta una novità nella giurisprudenza della Corte (101).

La radiazione di una causa dal Ruolo in fase cautelare per motivi d'incompetenza comporta senz'altro, a nostro avviso, problemi di conformità al Regolamento della Corte, non solo sotto il profilo formale della conformità al requisito della « sentenza » quale atto definitivo richiesto da quest'ultimo per la definizione di questioni del genere; oppure sotto il profilo, pure messo in luce da alcuni dei giudici, della violazione del principio di uguaglianza processuale; ma anche e soprattutto in relazione alla sua compatibilità con i princìpi generali che presiedono la funzione cautelare, caratterizzati dalla provvisorietà del giudizio. Inoltre, è dubbia la conformità di decisioni del genere con Statuto e Regolamento sotto il profilo della loro compatibilità con l'altro procedimento incidentale sull'accertamento preventivo

---

(100) Cfr. il par. 28 dell'opinione separata del giudice annessa all'ordinanza *RFI c. Belgio*, dove si afferma: « It would be contrary to judicial propriety to make a distinction between two groups of states, in what is essentially one case dealing with the same subject throughout, solely because of the difference in attitudes taken by the States towards the relevant documents which give the Court jurisdiction » (in *I.L.M.* 1999, p. 982).

(101) Vedi il VII punto dell'opinione separata cit. *supra*, intitolato: « *Removal of the cases from the General List of the Court due to the lack of jurisdiction* ». La radiazione del caso dal Ruolo Generale della Corte in fase cautelare è stata chiesta dal Belgio, nel più recente caso del *Mandato d'arresto dell'11 aprile 2000* tra Congo e Belgio, dove la Corte ha affermato che possiede il potere di radiare dal ruolo *in limine* (leggi: allo stato della richiesta di misure cautelari se avanzata prima della definitiva affermazione della sua competenza principale) un caso qualora appaia certo che essa non potrà pronunciarsi nel merito, rigettando però nel caso concreto la richiesta belga di radiazione per sopravvenuta mancanza dell'oggetto della domanda: *Cour internationale de Justice, Affaire relative au Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* (République Démocratique du Congo c. Belgique) *Demande en indication de mesures conservatoires — ordonnance* — 8 décembre 2000, par. 55. L'ordinanza si può leggere nel sito della Corte www.icj-cij.org/cijwww/cdo.../ccobe-corder—mesure-conservatoire—20001208.ht.

(rispetto al merito) della ricevibilità della domanda e della competenza della Corte, del quale ultimo le due pronunce in esame sembrano costituire indebitamente un esito (102).

A conclusioni meno drastiche sull'opportunità, per la Corte, di procedere alla radiazione dal Ruolo già in fase cautelare, si potrebbe arrivare ove si considerasse la possibilità per la Corte di sollevare d'ufficio, in qualsiasi momento, la questione della sua competenza in forza dell'art. 36 § 6 dello Statuto. In dottrina questa possibilità è stata esplorata con riferimento alla possibilità per la Corte di aprire d'ufficio un procedimento sulle eccezioni preliminari (103). Secondo questa opinione il carattere statutario e perciò prevalente (sul Regolamento di procedura) di quest'ultima disposizione permetterebbe alla Corte di aprire d'ufficio un procedimento sulle eccezioni preliminari per accertare la sua competenza, senza che siano state sollevate eccezioni preliminari utilizzando l'apposita norma regolamentare, vale a dire anche prima che sia stato formalmente presentato un atto introduttivo all'apposito procedimento disciplinato dall'art. 67 (ora 79) del Regolamento, purché esistano una domanda ed una controversia sulla competenza (104).

Nulla osterebbe in teoria all'applicazione di questo ragionamento all'altro procedimento incidentale dove è consentito alla Corte di pronunciarsi, sia pure provvisoriamente, sulla sua competenza, ossia in fase cautelare. Questo perché, da un lato: « l'art. 36 § 6 dello Statuto nulla dice circa il modo in cui può essere esercitato il potere della Corte di decidere la questione

---

(102) Sui rapporti tra giudizio sulle eccezioni preliminari e procedimento sulle misure cautelari, ed in particolare in questo senso si rinvia a LAMBERTI ZANARDI, *Il procedimento sulle eccezioni preliminari nel processo davanti alla Corte internazionale di giustizia*, in *Riv. Dir. Int.*, 1965, p. 537 ss.

(103) LAMBERTI ZANARDI, *Forme nuove di contestazione della competenza della Corte internazionale di giustizia e potere della Corte di aprire d'ufficio un procedimento sulla competenza*, in *Il Processo internazionale. Studi in onore di Gaetano Morelli*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. XIV, 1975, p. 439 ss.

(104) LAMBERTI ZANARDI, *Forme nuove di contestazione della competenza...*, cit., p. 463 s. Va ricordato che l'A., se da un lato afferma la legittimità dell'apertura d'ufficio di un procedimento sulle eccezioni preliminari da parte della Corte, dall'altro s'interroga sulla sua opportunità, concludendo sotto quest'ultimo profilo, negativamente (p. 477).

della propria competenza... » (105); dall'altro, è unanimemente riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza della Corte il potere che ha quest'ultima di decidere, sia pure solo *prima facie*, sulla sua competenza in sede di richiesta di misure cautelari. Poiché l'art. 41 che disciplina quest'ultimo procedimento non fa espresso riferimento alla verifica della competenza della Corte, si potrebbe fondare quest'ultima direttamente sull'art. 36 anche per il giudizio cautelare, e ritenere che anche in quella sede la Corte possa decidere sul punto in via definitiva.

In questo caso però, fondare la competenza della Corte — a radiare dal ruolo in fase cautelare e per di più con ordinanza — sull'art. 36 § 6 dello Statuto, significherebbe ritenere che esso prevalga non già su di una norma regolamentare, bensì su di un'altra disposizione statutaria, l'art. 41.

Vale la pena di evidenziare brevemente i rapporti tra le due norme, alla luce delle rispettive finalità. L'art. 36 è norma generale sulla competenza di merito della Corte ed in quanto tale è inserito nel Capitolo II intitolato appunto *Competenza della Corte*. L'art. 41, invece, è inserito nel capitolo III, dedicato alla *Procedura* e nulla dispone espressamente in materia di competenza. In dottrina però, si considera anche quest'ultima una norma sulla competenza, distinta quindi dall'art. 36 anche se con quest'ultima connessa (106). La caratterizzazione dell'art. 41 come fonte autonoma di competenza della Corte porta a necessariamente a ritenerla *speciale* rispetto all'art. 36, in quanto atta a fondare solo la competenza *prima facie*, provvisoria, della Corte (107).

D'altra parte, la diversa collocazione delle due norme statutarie, rispettivamente nei capp. II (art. 36 § 6) e III (art. 41), potrebbe rivelare una certa *prevalenza* della prima disposizione sulla seconda, se si considera che la necessità di accertare provvisoriamente la competenza in sede cautelare deriva direttamente dalla connessione che esiste, secondo la consolidata giurispru-

(105) ID., *ibidem*, p. 467.

(106) DANIELE, *Le misure cautelari...*, cit., p. 60.

(107) La specialità dell'art. 41 sta proprio nel carattere provvisorio dell'attribuzione di competenza alla Corte in fase cautelare, che la distingue dalla norma generale attributiva di competenza.

denza della Corte e la dottrina prevalente, tra quest'ultima e quella della causa principale (108).

Tuttavia il carattere *speciale* dell'art. 41 non contrasta con la sua formale connessione con l'art. 36, poiché le due norme, sempre in base alla dottrina ed alla giurisprudenza prevalenti, non sono gerarchicamente subordinate.

Questo significa che il principio generale di diritto costituito dal criterio d'interpretazione della specialità è senz'altro applicabile ai rapporti tra le due norme. Alla luce di questo principio andrebbe esclusa la possibilità di far prevalere la norma *generale* della « competenza sulla competenza », che attribuisce alla Corte il potere di decidere in via definitiva su quest'ultima, sulla norma *speciale* che invece consente alla Corte di affermare provvisoriamente la sua competenza al solo scopo di salvaguardare da danno irreparabile i diritti di tutte le Parti in modo che il giudizio principale nel merito non venga privato di ogni oggetto. Una diversa interpretazione, che attribuisse prevalenza all'art. 36 § 6 dello Statuto sull'art. 41, si presterebbe alle seguenti considerazioni critiche.

In primo luogo si violerebbero entrambi i princìpi generali d'interpretazione della legge: non solo quello di specialità ma anche quello di posteriorità, non potendosi ritenere l'art. 36 norma successiva all'art. 41.

In secondo luogo una decisione definitiva sulla competenza contraddirebbe non solo il carattere provvisorio ed urgente del procedimento cautelare, ma anche la sua finalità di tutelare provvisoriamente i diritti oggetto del *merito* della causa principale: finalità che, così come fanno la provvisorietà e l'urgenza, giustifica l'inserimento, nelle ordinanze adottate ai sensi dell'art. 41, di « *clausole di non pregiudizio* » della competenza definitiva della Corte (109).

In terzo luogo va considerato che la tesi sopra riportata si riferisce alla possibilità di considerare legittimo un procedimento sulle eccezioni preliminari che, se pure è attivato d'ufficio dalla stessa Corte e non su iniziativa di parte, si conclude con sen-

---

(108) Su tale connessione v. per tutti DANIELE, *Le misure cautelari...*, cit., p. 58 ss.

(109) Sulle clausole di non pregiudizio v. *supra*, nota (98).

tenza *definitiva sulla competenza* (110). Diversa è l'ipotesi di considerare legittima una pronuncia definitiva sulla competenza, qual è senz'altro la radiazione dal Ruolo Generale in fase cautelare, non solo e non tanto senza avviare lo specifico procedimento previsto dal Regolamento, ma senza avviare alcun altro procedimento a tal fine, neppure d'ufficio, e soprattutto utilizzando uno strumento processuale tipicamente adibito all'adozione di decisioni provvisorie — l'ordinanza — per assumere invece una decisione definitiva. L'utilizzo della forma della sentenza quale mezzo processuale per l'adozione di decisioni definitive, più che previsione contenuta nel Regolamento della Corte, sembra un *principio generale di diritto*, accolto non solo dagli ordinamenti interni ma anche dagli Statuti dei tribunali internazionali, in ossequio al *principio di certezza del diritto* e di *definitività della cosa giudicata*.

Contro questa tesi non ci sembra si possa opporre l'argomento formalistico per cui lo stesso Regolamento richiede l'*ordinanza* in caso di cessazione della causa, perché nei due casi qui esaminati la cessazione è un effetto della decisione della Corte sulla sua competenza, e non la ragione dell'atto. Ecco perché il giudice PARRA ARANGUREN, correttamente a nostro avviso, ha ritenuto applicabile, per analogia, l'art. 79 § 7 del Regolamento e non gli artt. 88 e 89 (111). Bisogna tuttavia prendere atto che questa attitudine della Corte, per quanto non condivisibile, si sta manifestando come tendenza, alla luce delle recenti affermazioni dell'organo, in favore della possibilità di radiare dal ruolo in fase cautelare, nel caso del *Mandato d'arresto dell'11 aprile 2000* tra Congo e Belgio (112).

7. In conclusione, ci sembra di poter affermare che tanto le decisioni d'incompetenza *prima facie* prese dalla Corte rispet-

---

(110) LAMBERTI ZANARDI, *Forme nuove di contestazione della competenza...*, cit., esamina i due casi paralleli della *Competenza in materia di pescherie*, conclusisi con due distinte sentenze del 2 febbraio 1973 che riconoscevano la competenza della Corte; i due casi paralleli degli *Esperimenti nucleari*, che si conclusero invece con il riconoscimento dell'inesistenza dell'oggetto della domanda, sempre con sentenze separate del 20 dicembre 1974; ed infine il caso dei *Prigionieri di guerra pakistani*, conclusosi con un'ordinanza di cancellazione della causa dal Ruolo.

(111) *Supra*, nota (97).

(112) *Supra*, nota (101).

to a tutti e dieci i procedimenti portati alla sua attenzione, quanto le due ordinanze di radiazione dal ruolo appena esaminate, siano state senz'altro influenzate da un'irregolare composizione della Corte.

In particolare, l'anomalia della composizione della Corte nei dieci casi « paralleli » sulla *Liceità dell 'uso della forza*, ci sembra sia stata il frutto del mancato riconoscimento di una « *causa comune* » tra gli Stati convenuti, che si è tradotto nella violazione del principio di uguaglianza processuale delle Parti rispetto all'utilizzo dell'istituto della nomina dei giudici *ad hoc* nei procedimenti in esame (113). In tutti e dieci i casi portati all'attenzione della Corte dalla Iugoslavia il collegio poteva infatti contare su di una netta preponderanza di giudici di nazionalità degli Stati che avevano preso parte attiva nell'intervento armato (114), la cui liceità costituiva l'oggetto delle domande principali.

A sua volta, questa preponderanza di giudici di nazionalità degli Stati convenuti aveva importanti riflessi sulle decisioni della Corte, come risulta evidente dalle posizioni dei singoli giudici, tanto di quelli membri di diritto della Corte *quanto* di quelli nominati *ad hoc* nei vari procedimenti. Tali posizioni si rivelavano tutte favorevoli al rigetto delle richieste iugoslave (115).

Da un punto di vista più generale, è poi possibile registrare una tendenza, nella giurisprudenza della Corte relativa alla nomina dei giudici *ad hoc*, nonostante essa apparentemente sembri orientata nel senso della risoluzione di questioni del genere caso per caso, secondo criteri del tutto discrezionali, spesso, come nei

---

(113) ROSENNE, (*The Law and Practice of the International Court 1920-1996*, cit., p. 1140), sottolinea come si possano creare seri problemi di squilibrio nella composizione della Corte ove una delle Parti rappresenti in realtà gli interessi di un gruppo di Stati, i quali possiedono ognuno un giudice della loro nazionalità come Membro della Corte e come un'eventualità del genere sia oggi concretamente realizzabile in considerazione dell'esistenza di patti di alleanza militare difensiva i cui membri condividono la stessa ideologia oppure organizzazioni internazionali d'integrazione le cui competenze sono ripartite tra gli organi e gli Stati membri. Sul punto v. *supra* nota (71).

(114) Cinque membri di diritto + uno *ad hoc* nei casi contro Belgio, Canada, Italia e Spagna nei rispettivi procedimenti e cinque membri di diritto negli altri casi.

(115) Si rinvia alle dichiarazioni di voto nei vari procedimenti ricordate supra, in nota (91).

casi qui in esame, senza neppure motivare le relative decisioni. Dietro di essa, infatti, non sembra azzardato individuare una precisa politica giudiziaria dell'organo, consistente nel non assecondare le richieste di nomina, o le contestazioni circa le nomine di tali giudici, ove provenienti da Stati nei confronti dei quali esiste un generale sentimento di riprovazione da parte della comunità internazionale. Indizi in questo senso possono ritrovarsi innanzitutto nei casi qui esaminati, dove la mancata considerazione, da parte della Corte, per le obiezioni iugoslave alla nomina dei quattro giudici *ad hoc* per quattro Stati convenuti nei rispettivi procedimenti, riguardava uno Stato, attore nei procedimenti davanti alla Corte, sul quale pesavano gravi accuse di violazioni dei diritti umani e delle minoranze nazionali. Inoltre, possiamo ricordare il rifiuto della Corte di tener conto delle proteste della Libia per la nomina di un giudice *ad hoc* inglese nel caso relativo all'*Incidente aereo di Lockerbie* (Libia c. Regno Unito), proteste senz'altro giustificate, come si è già detto, in considerazione della presenza come membro di diritto della Corte di un giudice americano e del fatto che nei due casi 'paralleli' portati dalla Libia davanti alla Corte i due convenuti potevano considerarsi facenti « *causa comune* » (116), La Libia, anch'essa parte attrice davanti alla Corte, era accusata di sponsorizzare il terrorismo internazionale. Infine, si può ricordare il precedente del parere consultivo sulla *Namibia* (Sud-ovest africano) reso il 21 giugno 1971 su richiesta del Consiglio di Sicurezza (117), dove la Corte rifiutò di accedere alla richiesta del Sud-Africa di nominare un giudice *ad hoc* per riequilibrare la sua posizione nel collegio (118). Come tutti sanno la politica di annessione della Namibia da parte del Sud-Africa era oggetto di riprovazione da parte della maggior parte degli Stati e delle stesse Nazioni Unite, in particolare dell'Assemblea Generale e dello stesso Consiglio di Sicurezza, che avevano adottato tutta una serie di risoluzioni sulla questione (119).

Quanto alle decisioni di radiare dal Ruolo generale due dei dieci casi, esse portano sostanzialmente ad una pronuncia defini-

---

(116) Su questo caso, v. *infra*, § 5.

(117) In *I.C.J. Reports*, 1971, p. 16 ss.

(118) § 12 del parere.

(119) Si rinvia sul punto a CONFORTI, *Le Nazioni Unite*, cit., pp. 258-261.

tiva sulla competenza *prima facie*, che si pone in contrasto con il carattere provvisorio del procedimento, soprattutto in relazione al principio di non pregiudizio della possibilità di portare argomenti a favore o contro la competenza in fasi ulteriori del procedimento (120). Con decisioni del genere si confondono inoltre due procedimenti incidentali diversi che perseguono finalità differenti: quello cautelare che mira alla salvaguardia provvisoria dei diritti oggetto della causa principale e quello sulle eccezioni preliminari che invece ha lo scopo di risolvere le questioni di competenza della Corte prima che quest'ultima affronti il merito. La confusione tra i due diversi procedimenti incidentali, deriva precisamente dalla coincidenza degli effetti (radiazione dal Ruolo) data dal carattere definitivo *sia* dell'ordinanza di radiazione emessa in sede cautelare; *che* della sentenza, ove ci si pronunci per l'incompetenza, che chiude il procedimento sulle eccezioni preliminari.

Né ci sembra si possano condividere, per giustificare la radiazione di due dei dieci procedimenti dal Ruolo in sede cautelare, le ragioni indicate dalla Corte e condivise da alcuni giudici fondate su motivi di economia processuale. Questo, perché trattandosi di procedimenti « paralleli » discussi con procedura unica semplificata dalla Corte, si sarebbe potuto attendere la sede idonea per procedervi. Al contrario, in alcuni casi ci sembra preferibile sacrificare il principio di economia processuale a quelli di rispetto delle forme sostanziali (necessità di una sentenza per un giudizio definitivo sulla competenza) e di uguaglianza delle parti.

Vale poi la pena di osservare come le considerazioni qui svolte potrebbero estendersi a tutte e dieci le decisioni d'incompetenza *prima facie*, che suonano effettivamente come una sorta di '*interim judgment*' sulla competenza. Non si può dimenticare che la necessità che i due procedimenti incidentali, — quello fondato sull'art. 41 e quello che si basa sull'art. 79 dello Statuto —, restino distinti in considerazione della loro diversa funzione, è stata implicitamente riconosciuta in passato, oltre che da autorevole dottrina (121), anche dalla stessa Corte nel caso della

---

(120) Vedi sul punto la posizione del giudice *ad hoc* GAJA nel caso *RFI c. Italia*, riferita *supra*, in nota (97).

(121) LAMBERTI ZANARDI, *Il procedimento sulle eccezioni preliminari...*, cit.,

Piattaforma continentale del Mar Egeo, dove dalle opinioni dei giudici della Corte emerge come, sebbene la maggioranza di essi ritenesse che la Corte avrebbe dovuto affrontare la questione della sua competenza in via preliminare, prima di esaminare nel merito la richiesta di misure cautelari, si preferì nella motivazione non fare alcun riferimento a tale questione (122). Questo atteggiamento è stato intepretato in dottrina come possibile spia della volontà della Corte di evitare ogni possibile confusione con il diverso procedimento incidentale di accertamento preventivo della competenza (123).

---

in *Riv. dir. int.*, 1965, p. 537 ss. a p. 568 dove l'A., con riferimento ai rapporti tra eccezioni preliminari ed altri procedimenti incidentali afferma, a proposito di quello cautelare: « La domanda per l'indicazione di misure cautelari deve essere esaminata in conformità del procedimento di cui all'art. 61 del Regolamento, mentre l'eccezione preliminare dovrà invece essere esaminata al momento opportuno in conformità del procedimento di cui all'art. 62 del Regolamento.

È infatti certo che il Regolamento prevede per l'esame delle eccezioni preliminari un particolare procedimento, che offre attraverso una doppia fase, orale e scritta, sufficienti garanzie di un attento e completo esame dell'eccezione. Non si può pertanto, se non violando apertamente il Regolamento, esaminare un'eccezione preliminare in un procedimento che è stato previsto per l'esame di altre questioni (la domanda di misure cautelari) e che in relazione a particolari aspetti di tali questioni ha un carattere urgente e sommario ». Nel suo scritto successivo, (LAMBERTI ZANARDI, *Forme nuove di contestazione della competenza...*, cit., p. 439 ss.), l'A., pur rivedendo alcune sue precedenti posizioni contrarie ad ammettere altre forme di contestazione della competenza al di fuori del regolamento, ritenendole troppo rigide, resta dell'idea che l'apertura d'ufficio di un procedimento sulle eccezioni preliminari da parte della Corte, pur se legittima, sia inopportuna (*ibidem*).

(122) *Piattaforma continentale del Mar Egeo* (Grecia c. Turchia), ordinanza sulle misure cautelari dell'11 settembre 1976 (in *I.C.J. Reports*, 1976). La Corte rigetta la richiesta greca per 12 voti contro 1 giustificandola sulla base dell'assenza del requisito del pregiudizio irreparabile, ma ben sette opioni individuali ritengono che la Corte avrebbe dovuto preliminarmente pronunciarsi sulla sua competenza La Corte decide di accogliere la richiesta di decidere separatamente sulla sua competenza utilizzando l'altro procedimento incidentale delle eccezioni preliminari e con sentenza del 19 dicembre 1978, resa con la stessa maggioranza di 12 voti contro 1, riconosce la propria incompetenza.

(123) SZTUCKI, *Interim Measures in the Hague Court. An Attempt at Scrutiny*, 1983, pp. 248-249. L'A. si chiede come mai, data l'importanza attribuita dalla maggioranza dei giudici alla questione della competenza della Corte, quest'ultima non ne faccia cenno nei motivi di rigetto dell'ordinanza del 1976: « The answer may be that the majority still wished (*omissis*) *to avoid giving an impression that the question of substantive jurisdiction was prejudged before it had been duly plead-*

Sarebbe forse stato più opportuno, da parte della Corte, evitare di fondare un giudizio cautelare, che ha per oggetto la salvaguardia, sia pure provvisoria, dei diritti oggetto della domanda principale ed attiene perciò al *merito* della causa, su motivi d'incompetenza, in presenza, nel Regolamento di procedura, di altro e diverso procedimento incidentale che ha per scopo proprio la preventiva risoluzione (rispetto al merito) delle eccezioni di *ricevibilità della domanda e di giurisdizione* della Corte.

Decisioni del genere, che rendono esasperato omaggio al *principio del consenso* ed al *fondamento arbitrale* della giurisdizione della Corte, sviliscono *sia* la *funzione giurisdizionale* che la Corte, almeno in sede cautelare, avrebbe avuto l'opportunità ed i mezzi di difendere con maggior vigore (124); *sia* la sua funzione, complementare a quella del Consiglio di Sicurezza, di organo delle Nazioni Unite capace di offrire il proprio contributo al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali (125), soprattutto se relative a casi nei quali sono sollevate questioni d'importanza fondamentale come la salvaguardia di princìpi generali cogenti di ordine pubblico internazionale, qual è il divieto dell'uso della forza.

---

ed », s'intende, nell'apposito procedimento a quello scopo destinato (corsivo nostro, *ibidem*, p. 249).

(124) Il consenso delle parti della controversia alla competenza cautelare trova diretto fondamento, stando alla migliore dottrina, nell'art. 41 dello Statuto; invece il consenso alla sua competenza principale dev'essere accertato in base ai titoli di giurisdizione presentati caso per caso. Ciò determinerebbe una sorta di *inherent jurisdiction* della Corte rispetto all'indicazione di misure cautelari che le permetterebbe di dichiararsi competente, sia pure *prima facie*, anche quando la sua competenza nella causa principale non sia stata definitivamnte accertata. Questa concezione potenzia notevolmente il ruolo giurisdizionale della Corte, rispetto al fondamento, che resta arbitrale, della sua competenza di merito. Per un'esauriente disamina delle posizioni della dottrina e della giurisprudenza della Corte sul punto si rinvia a DANIELE, *Le misure cautelari...*, cit., pp. 57 ss. specie 58 e nota (91).

(125) Nello stesso senso critico cfr. l'opinione dissidente del giudice cinese SHI nel caso *RFI c. Belgio* e, in dottrina, SACCUCCI, *NATO's Bombings in Yugoslavia*, cit., p. 204.

XIX.

L'EVOLUZIONE DELLO SPAZIO GIUDIZIARIO EUROPEO: IN PARTICOLARE LA DISCIPLINA COMUNITARIA DELLE PROCEDURE D'INSOLVENZA

DI

ILARIA QUEIROLO

Professore associato nell'Università degli Studi di Genova

SOMMARIO: 1. La cooperazione giudiziaria in materia civile: i cambiamenti di base giuridica. — 2. La nascita dello spazio giudiziario europeo: la convenzione di Bruxelles del 1968. — 3. La trasformazione della convenzione di Bruxelles in regolamento comunitario: le principali modifiche. — 4. L'influenza della disciplina comunitaria sul diritto processuale italiano. — 5. Il regolamento sulle procedure d'insolvenza: i modelli di riferimento. — 6. La disciplina dei procedimenti d'insolvenza esclusi dall'applicazione della normativa comunitaria: problemi aperti e prospettive di riforma.

1. L'art. 293 (già art. 220) del trattato CE, collocato nella parte sesta dedicata alle « disposizioni generali e finali », prevede che gli Stati comunitari sono tenuti ad avviare negoziati per la semplificazione delle formalità cui sottoporre il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie (1). Originariamente,

---

(1) L'art. 293 (*ex* art. 220), recita: « Gli Stati membri avvieranno fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini: — la tutela delle persone, come pure il godimento e la tutela dei diritti alle condizioni accordate da ciascuno Stato ai propri cittadini, — l'eliminazione della doppia imposizione fiscale all'interno della Comunità, — il reciproco riconoscimento delle società a mente dell'art. 48, comma 2, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese a un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse, — la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali ». Sul significato e la portata dell'art. 220 nell'ambito del testo originario del trattato di Roma cfr. *Trattato istitutivo della Comunità economica europea, Commentario* diretto da QUADRI, MONACO, TRABUCCHI (contributi di BERNINI e FRIGNANI, sull'all. 1 e 3, ROMOLI VENTURI, sull'all. 2, FOIS, sull'all. 4), Milano, 1965, III, p. 1568 ss.; FOIS, *Gli accordi degli Stati membri delle Comunità europee*, Milano, 1968, p. 44 ss.; HAUSCHILD, *L'importance des conventions communautaires pour la création d'un droit communautaire*, in *Rev. trim. droit eur.*, 1975, p. 4 ss.; SAULLE, *Diritto comunitario e diritto internazionale privato*, Napoli, 1983, p. 155 ss.; SCHWARTZ, *Commento all'art. 220*, in *Le droit de la Communauté économique européenne*, in *Commentaire du traité et des textes pris pour son application*, par MEGRET, LOUIS, VIGNES, WAELBROECK, Bruxelles, 1987, v. 15, p. 333 ss.; PIETROBON, *L'interpretazione della nozione comunitaria di filiale*, Padova, 1990, p. 3 ss.; HUET, *Commento all'art. 220*, in *Traité instituant la CEE, Commentaire article par article*, sous la dir. de CONSTANTINESCO, JACQUÉ, KOVAR,

l'articolo rappresenta l'unica disposizione in grado di fornire una base giuridica per l'approvazione di una disciplina comunitaria dedicata alla procedura civile internazionale (2). Questo significa che la sovranità degli Stati rimane, al riguardo, integra: l'art. 293 prevede esclusivamente la conclusione di accordi tra paesi membri con copertura da parte del trattato CE, ossia attribuisce loro la qualifica di « convenzioni comunitarie ». Una delle conseguenze è che le regole in esse contenute sono destinate a prevalere sul diritto interno, anche successivo, degli Stati membri, al pari delle altre fonti comunitarie (3).

SIMON, Paris, 1992, p. 1377 ss.; KOHLER, *L'article 220 du Traité CEE et les conflits de juridictions en matière de relations familiales: premières réflexions*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, p. 201 ss.; SANTA MARIA, *Diritto commerciale comunitario*, 2ª ed., Milano, 1995, p. 10 ss.; ROSSI, *Le Convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2000, p. 12 ss.

(2) L'art. 293 non rappresenta una base giuridica in senso stretto, dal momento che si indirizza agli Stati membri e non alle istituzioni; peraltro una volta che i paesi membri abbiano adottato una convenzione in materia, questa diverrà una convenzione comunitaria, per il collegamento che proprio l'art. 293 stabilisce con il trattato CE. Il fatto che gli Stati non abbiano concesso alle istituzioni comunitarie alcuna competenza diretta in materia di procedura civile internazionale si giustifica alla luce dell'impostazione dei sistemi nazionali alla data della sua stipulazione, gelosamente legati a principi di difesa del foro e di chiusura nei confronti degli ordinamenti stranieri.

(3) Questo secondo le esplicite affermazioni dell'Avvocato generale Capotorti, il quale specifica che quanto stabilito dalla Corte di giustizia riguardo ai rapporti intercorrenti tra diritto comunitario e diritto interno « deve valere anche per la Convenzione prevista dall'art. 220 del trattato CEE » (nella sentenza del 13 novembre 1979, in causa 25/79, *Sanicentral c. René Collin*, in *Raccolta*, 1979, p. 3435). Medesima conclusione è ribadita dalla Corte comunitaria, la quale ha dichiarato inapplicabile una norma di diritto processuale statale perché contrastante con « il combinato disposto degli artt. 7 e 220 del Trattato CEE e della Convenzione di Bruxelles » (sentenza del 10 gennaio 1994, in causa C-398/52, *Mund c. Fester*, in *Raccolta*, 1994, I, p. 467, punto 22 della motivazione). L'opinione è sostenuta dalla dottrina (anche se non in maniera unanime): cfr. al riguardo MOK, *The Interpretation by European Court of Justice of Special Conventions concluded between the Member States*, in *Common Market Law Rev.*, 1971, p. 485 ss.; HAUSCHILD, *L'importance des conventions communautaires pour la création d'un droit communautaire*, in *Rev. trim. droit eur.*, 1975, p. 4; VASSALLI DI DACHENHAUSEN, *La Corte comunitaria e la Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 in materia giudiziaria*, in *Foro it.*, 1977, V, c. 306 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, voce *Competenza (competenza giurisdizionale nella Convenzione di Bruxelles del 1968)*, in *Enc. giur.*, VII, Roma, 1988, p. 1; PIETROBON, *L'interpretazione*, cit., p. 3 ss.; GAJA, *Sui rapporti tra la Convenzione di Bruxelles e le altre norme concernenti la giurisdi-*

Diversi progetti di convenzione sono stati elaborati sulla base dell'art. 293, in ordine al « reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie »; ma l'unica normativa ad essere entrata in vigore è la convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e il riconoscimento delle sentenze in materia civile e commerciale.

Con il trattato di Maastricht, nell'ambito del terzo pilastro relativo alla « cooperazione in materia di giustizia e affari interni », è stata attribuita all'Unione europea la competenza ad adottare azioni e posizioni comuni, nonché convenzioni in materia, tra l'altro, di cooperazione giudiziaria in materia civile (artt. K1 e K3 del trattato UE). Le convenzioni relative alla procedura civile internazionale, in precedenza elaborate sulla base dell'attuale art. 293 del trattato CE, sono state così trasformate in convenzioni dell'Unione europea, stabilite con atto del Consiglio. Nelle more della loro approvazione (o della loro ratifica) è, però, intervenuto il trattato di Amsterdam che ha nuovamente modificato, e ulteriormente rafforzato, la base giuridica degli atti relativi alla cooperazione giudiziaria in materia civile.

In particolare, il nuovo art. 2 del trattato UE stabilisce che uno degli obiettivi prioritari dell'Unione è conservare e sviluppare « uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia », per la realizzazione del quale occorre, tra l'altro, adottare provvedimenti adeguati nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile: il buon funzionamento del mercato interno presuppone, infatti, che « vengano definite norme sulla competenza chiare e vengano migliorati ed accelerati il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale » (4). Al riguardo

---

zione ed il riconoscimento di sentenze straniere, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 260; LUZZATTO, *Giurisdizione e competenza nel sistema della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Dir. comm. int.*, 1991, p. 71 ss.; BARATTA, *Sull'adattamento del diritto interno alla Convenzione di Roma del 1980*, in *Riv. dir. int.*, 1993, p. 120; GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 2e éd., Paris, 1996, p. 6; MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, I, *Il sistema della competenza*, Padova, 1999, p. 52 ss., in cui supera la precedente posizione sostenuta in *Rapporti di lavoro, principi costituzionali e deroga alla giurisdizione secondo la Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1981, p. 51 ss.; CARBONE, *Lo spazio giudiziario. Le Convenzioni di Bruxelles e di Lugano*, 3ª ed., Torino, 2000, p. 27 ss.; ROSSI, *Le Convenzioni*, cit., p. 12 ss.

(4) Secondo quanto precisato nel « piano d'azione del Consiglio e della

sono state previste specifiche competenze dall'art. 61, lett. *c*) del trattato CE: la norma attribuisce alla Comunità europea il potere di adottare provvedimenti che, nel rispetto dei principi di proporzionalità e sussidiarietà, si prefiggano l'obiettivo non solo di migliorare e semplificare il riconoscimento delle sentenze ma anche di promuovere l'uniformità delle regole di competenza giurisdizionale nelle controversie caratterizzate da elementi d'internazionalità (art. 65, lett. *a*) e *b*)). La mancanza d'omogeneità tra le norme nazionali può, infatti, rappresentare un intralcio alla libera circolazione delle persone e, di conseguenza, pregiudicare il corretto funzionamento del mercato interno (5).

In altri termini, il trattato di Amsterdam ha (ri)comunitarizzato una parte del terzo pilastro, riportando in seno alla Comunità competenze in precedenza attribuite all'Unione: ma il cambiamento non interessa tutti i paesi membri. L'estensione della competenza comunitaria, disciplinata nel titolo IV, capo 3, del trattato, non coinvolge, infatti, Regno Unito, Irlanda e Danimarca, salvo una contraria attestazione, che i primi due Stati hanno già presentato per i regolamenti approvati (in data 29 maggio e 22 dicembre 2000) e preannunciato di volere presentare per ogni provvedimento che la Comunità adotti nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile (6). La Danimarca non ha, invece, manifestato l'intenzione di aderire ai regolamenti co-

---

Commissione sul modo migliore per attuare le disposizioni del Trattato di Amsterdam concernenti uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia », pubblicato in *G.U.C.E.*, n. C 19 del 23 gennaio 1999.

(5) Cfr. ROSSI, *Verso una parziale « comunitarizzazione » del terzo pilastro*, in *Dir. Unione eur.*, 1997, p. 248 ss.; e *Le Convenzioni fra gli Stati membri*, cit., p. 205 ss.; ADAM, *La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo*, in *Dir. Unione eur.*, 1998, p. 494 ss.; MARI, *Il diritto processuale*, cit., p. 60 ss.; CARBONE, *Lo spazio giudiziario*, cit., p. 9 ss.; SALERNO, *La Convenzione di Bruxelles del 1968 e la sua revisione*, Padova, 2000, p. 6 ss.; POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una « European conflict of laws revolution »?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 873 ss.

(6) Regno Unito e Irlanda hanno espressamente manifestato l'intenzione di partecipare alle iniziative della Comunità europea nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, nel corso del Consiglio « giustizia e affari interni » del 12 marzo 1999. Detti Stati hanno, poi, comunicato l'intenzione di partecipare all'adozione e applicazione dei tre regolamenti approvati il 29 maggio 2000, conformemente a quanto previsto nell'art. 3 del protocollo (n. 4) allegato al Trattato UE e al trattato CE, nonché del regolamento sulla competenza giurisdizionale, il rico-

munitari: occorre, peraltro, ricordare che la sua (eventuale) adesione non potrà essere limitata a singoli provvedimenti ma dovrà riguardare, una volta per tutte, le competenze espresse nel titolo IV del trattato CE (7).

Nell'esercizio dei poteri attribuiti dall'art. 61, il Consiglio ha approvato il regolamento CE n. 44/2001 concernente la competenza giurisdizionale nonché il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, destinato a sostituire la convenzione di Bruxelles del 1968 con una normativa la cui attuazione avvenga in data « certa, omogenea e ravvicinata » in tutti i paesi membri (8). Secondo quanto espressamente affermato dalla Commissione, il regolamento si pone in linea di « assoluta continuità » rispetto alla convenzione di Bruxelles, pur apportandovi rilevanti modifiche sia in materia di competenza giurisdizionale sia in materia di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze.

Facendo leva sull'art. 61, sono state presentate ulteriori tre proposte di regolamento, approvate dalle istituzioni comunitarie in data 29 maggio 2000 e concernenti rispettivamente: (*i*) le procedure d'insolvenza (su cui vedi, *infra*, par. 5); (*ii*) la competenza, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale (9); (*iii*) la notificazione e la comunicazione negli

---

noscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale del 22 dicembre 2000.

(7) Cfr. artt. 1 e 2 del protocollo (n. 5) sulla posizione della Danimarca, allegato al Trattato UE e al trattato CE. A norma della parte III del medesimo protocollo la « Danimarca può in qualunque momento, secondo le proprie norme costituzionali, informare gli altri Stati membri che non intende più avvalersi, in tutto o in parte, del presente protocollo. In tal caso la Danimarca applicherà pienamente tutte le misure pertinenti in vigore a quel momento nell'ambito dell'Unione europea ».

(8) Il regolamento approvato in data 22 dicembre 2000, è pubblicato in *G.U.C.E.*, n. L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1 ss. ed è entrato in vigore il 1° marzo 2002.

(9) Il regolamento CE 1347/2000, entrato in vigore il 1° marzo 2001, secondo quanto previsto all'art. 46, è modellato sul testo della Convenzione approvata il 28 maggio 1998 in seno alla Comunità. Per quanto concerne l'ambito di applicazione del regolamento, l'art. 1 chiarisce che esso si applica ai procedimenti civili, giudiziari e non giudiziari, relativi al divorzio, alla separazione personale e all'annullamento del matrimonio, nonché ai procedimenti relativi alla potestà dei genitori sui figli di entrambi i coniugi, connessi con i primi. I criteri di competenza,

Stati membri degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile e commerciale (10).

Occorre, però, ricordare che l'art. 293 del trattato CE è sopravvissuto al succedersi di tutte le modifiche volta a volta introdotte, rimanendo inalterato nel suo contenuto e subendo esclusi-

---

elencati nell'ambito dell'art. 2, hanno carattere esclusivo, nel senso che impediscono l'operare di titoli confliggenti ma sono, tra loro, posti in via alternativa: a differenza di quanto stabilito nell'ambito della convenzione di Bruxelles non è previsto un foro generale, cui si aggiungono fori speciali (sui quali è destinato comunque a prevalere il differente accordo delle parti). Le disposizioni sul coordinamento delle procedure pendenti nei differenti paesi comunitari, così come quelle su riconoscimento ed esecuzione delle decisioni, rispecchiano i principi espressi nella convenzione di Bruxelles del 1968, pur con le opportune specificazioni.

(10) Il regolamento CE 1348/2000, in vigore dal 31 maggio 2001, è riproduttivo della convenzione comunitaria approvata il 26 maggio 1997 e mai entrata in vigore. L'intervento comunitario in materia di notificazioni e comunicazioni si giustifica considerando che non solo lo spazio giudiziario europeo ma anche « il buon funzionamento del mercato interno » necessita di un'accelerazione nella trasmissione degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile e commerciale. A tal fine la Comunità ha approvato il regolamento 1348/2000, destinato a sostituire, nelle relazioni fra Stati membri, la convenzione dell'Aja del 1965: quest'ultima continuerà ad applicarsi nei rapporti con gli Stati terzi. Rispetto alla convenzione, la normativa comunitaria è ispirata ad un principio di maggiore collaborazione e flessibilità nella notifica e comunicazione degli atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile. Innanzitutto il regolamento non elimina la possibilità di impiegare gli altri e comuni mezzi di trasmissione e notificazione degli atti giudiziari: si fa riferimento alla via consolare o diplomatica, nonché alla notificazione per posta o su istanza diretta dell'interessato. Anzi, le forme indicate, nonché quelle previste dalla convenzione in vigore, rimangono le uniche impiegabili per la trasmissione e la notificazione a destinatari di cui non si conosca il recapito. Per la sua concreta applicazione il regolamento necessita che ciascuno Stato individui le autorità competenti alla ricezione e alla trasmissione degli atti che devono essere notificati o comunicati. Esse possono servirsi di qualunque « mezzo appropriato » alla comunicazione, purché siano salvaguardate l'integralità del contenuto e la conformità dell'atto trasmesso rispetto al suo originale. Una volta che l'organo dello Stato richiesto abbia ricevuto l'atto e la relativa richiesta di notificazione, esso procede a: — trasmetterne comunicazione entro sette giorni all'organo mittente; — notificarlo o comunicarlo al destinatario secondo la propria normativa interna, ovvero secondo le particolari modalità eventualmente indicate dall'organo dello Stato mittente, purché non incompatibili con la *lex fori*. Occorre, infine, ricordare che la notificazione o comunicazione si considera avvenuta nella data prescritta dalla normativa dello Stato richiesto. Tuttavia, se nell'ambito di un procedimento da avviare o in corso di svolgimento nello Stato richiedente si rivela indispensabile che detta notificazione avvenga entro un termine prestabilito, la data è determinata sulla base della legge di quest'ultimo ordinamento.

vamente un cambiamento di numerazione (*ex* art. 220). Questo determina problemi di coordinamento tra i differenti articoli del trattato CE che si occupano della cooperazione giudiziaria in materia civile, nonché nella scelta della base giuridica per l'adozione dei relativi provvedimenti: essa può, infatti, essere identificata sia negli artt. 61 ss., che prevedono una competenza comunitaria diretta per l'adozione di atti vincolanti in materia, sia nell'art. 293, il quale si limita a prevedere una « copertura » comunitaria delle convenzioni stipulate tra gli Stati membri.

Ancora, la pluralità di basi giuridiche a disposizione solleva problemi di non facile soluzione a proposito dei requisiti di proporzionalità e sussidiarietà, richiesti per l'esercizio delle competenze comunitarie *ex* art. 61 del trattato. A fronte dell'art. 293 che è sopravvissuto alle modifiche introdotte dai trattati di Maastricht ed Amsterdam e a fronte della buona riuscita della convenzione di Bruxelles del 1968, potrebbe, infatti, sostenersi (in linea squisitamente teorica) che la Comunità non abbia agito entro i confini della propria competenza nell'approvazione dei regolamenti dedicati alla cooperazione giudiziaria in materia civile (11).

2. La convenzione di Bruxelles del 1968, sulla scorta delle indicazioni contenute nell'art. 293 (già 220) del trattato di Roma, ha dato vita ad un sistema giudiziario integrato in materia civile e commerciale, comune a tutti i paesi membri: il c.d. « spazio giudiziario comunitario » (12), in cui vigono regole uniformi

---

(11) Perplessità sull'opportunità di impiegare lo strumento del regolamento sono stati avanzate da ROSSI, *Le Convenzioni fra gli Stati*, cit., p. 232 ss. Veri e propri dubbi sulla sussistenza di una base giuridica generale in materia di cooperazione giudiziaria in materia civile sono stati avanzati da KOHLER, *Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam*, in *Revue critique*, 1999, p. 3 ss.; MARI, *Il diritto processuale*, cit., p. 60 ss.

(12) Sul sistema giudiziario creato dalla Convenzione di Bruxelles (e da quella di Lugano) v.: POCAR, *L'incidenza della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 sulla competenza giurisdizionale italiana*, in *Dir. com. scambi int.*, 1982, p. 420 ss. e *La Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione e l'esecuzione delle sentenze*, 3ª ed., Milano, 1995, p. 3 ss.; GAJA, *Sui rapporti tra la Convenzione di Bruxelles*, cit., p. 253 ss.; ZUCCONI GALLI FONSECA, voce *Competenza*, cit., p. 1 ss.; BONELL, *La Convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle sentenze. Un modello da seguire nell'amministrazione del diritto tra i sistemi di* Civil Law *e di* Common Law, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, p. 737 ss.;

tanto sulla competenza giurisdizionale quanto sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni (13).

Per comprendere l'innovazione introdotta è sufficiente ri-

LUZZATTO, *Giurisdizione e competenza*, cit., p. 68 ss.; CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, cit., p. 11 ss.; MARI, *Il diritto processuale civile*, cit.; SALERNO, *La Convenzione di Bruxelles*, cit. Per la dottrina straniera cfr. COLLINS, *The Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, London, 1983, p. 1 ss.; HARTLEY, *Civil Jurisdiction and Judgments*, London, 1984, p. 1 ss.; DROZ, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun. Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris, 1972, p. 3 ss.; ID., *Pratique de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris, 1973, p. 3 ss.; WESER, *Convention communautaire sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions*, Paris, 1975, p. 313 ss.; HERMANN, BASEDOW, KROPHOLLER, *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, I, Tübingen, 1982; GOTHOT, HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Paris, 1985, p. 3 ss.; DESANTES REAL, *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1986, p. 47 ss.; IGLESIAS BUHIGUES, *Competencia judicial internacional en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1986, p. 1 ss.; BERAUDO, voce *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, in *Juris-classeur, droit int.*, fasc. 632; LASOK, STONE, *Conflict of Laws in the European Community*, Abingdon, 1987, p. 151 ss.; DASHWOOD, HACON, WHITE, *A Guide to the Civil Jurisdiction and Judgments Convention*, Deventer-Antwerp-London-Frankfurt-Boston-New York, 1987, p. 3 ss.; O'MALLEY, LAYTON, *European Civil Practice*, London, 1989, p. 3 ss.; BYRNE, *The EEC Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments*, Dublin, 1990, p. 3 ss.; GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, Köln, 1993; *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, ed. de CALVO CARAVACA, Madrid, 1995; FIRSHING, VON HOFFMANN, *Internationales Privatrecht*, 4. Aufl., München, 1995; GAUDEMET-TALLON, *Les conventions*, cit., p. 5 ss.; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zu EuGVÜ und Lugano-Übereinkommen*, 5. Aufl., Heidelberg, 1996, p. 19 ss.; SCHACK, *Internationales Zivilverfahrensrechts*, 2. Aufl., München, 1996.

(13) L'Italia ha autorizzato la ratifica della convenzione di Bruxelles del 1968, con annesso protocollo, nella sua originaria formulazione (in *G.U.C.E.*, n. L 229 del 31 dicembre 1972) con la l. n. 804 del 21 giugno 1971 (in *G.U.*, n. 254 dell'8 ottobre 1971), e la convenzione è entrata in vigore tra i sei Stati allora membri della Comunità economica europea il 1° febbraio 1973. L'Italia ha, poi, ratificato: il protocollo del Lussemburgo del 3 giugno 1971, in *G.U.C.E.*, n. L 204 del 2 agosto 1975 (in base alla legge di autorizzazione n. 180 del 19 maggio 1975, in *G.U.*, n. 151 dell'11 giugno 1975); la convenzione di adesione di Danimarca, Regno Unito e Irlanda del Nord alla convenzione di Bruxelles del 1968, firmata a Lussemburgo il 9 ottobre 1978, in *G.U.C.E.*, n. L 304 del 30 ottobre 1978 (l. n. 967 del 29 novembre 1980, in *G.U.*, suppl. ord. al n. 19 del 19 gennaio); la convenzione di adesione della Grecia, firmata a Lussemburgo il 25 ottobre 1982, in *G.U.C.E.*, n. L 388 del 31 dicembre 1982 (l. n. 756 del 18 ottobre 1984, in *G.U.*, suppl. ord. al n. 311 del 12 novembre 1984); la convenzione di adesione di Spagna e Portogallo, firmata a Donostia-San Sebastian il 26 maggio 1989, il cui testo è

cordare che, nel passato, le convenzioni di diritto uniforme non si occupavano, normalmente, di determinare l'ambito della giurisdizione propria degli Stati contraenti; i trattati che pure si riferivano alla materia processuale erano limitati ad argomenti di carattere particolare oppure riguardavano la questione del riconoscimento e dell'esecuzione delle sentenze (ponendo regole di competenza internazionale indiretta) (14).

Le ragioni della peculiarità della disciplina uniforme si rintracciano analizzando l'origine della convenzione di Bruxelles, stipulata sulla base dell'art. 293 (già 220) del trattato di Roma per garantire « la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie »; in altre parole la convenzione attua un sistema di libera circolazione delle decisioni giudiziarie in ambito CE, al pari di quanto già previsto con riferimento a merci, persone, capitali e servizi.

Nel perseguire detto obiettivo, la convenzione provvede a disciplinare la competenza giurisdizionale europea alla stregua di (e con effetti sostanzialmente identici a) quanto normalmente accade all'interno di un sistema nazionale: alcuni esempi (15).

---

pubblicato in *G.U.C.E.*, n. C 285 del 3 ottobre 1989 (l. n. 339 del 5 ottobre 1991, in *G.U.*, suppl. ord. n. 68 al n. 256 del 31 ottobre 1991); infine, la convenzione di adesione di Austria, Svezia e Finlandia, firmata il 29 novembre 1996, in *G.U.C.E.*, n. C 15 del 15 gennaio 1997 (l. n. 24 del 26 gennaio 1999, in *G.U.*, n. 35 del 12 febbraio 1999). Il testo consolidato della convenzione di Bruxelles del 1968 e di tutte le convenzioni di adesione è pubblicato in *G.U.C.E.*, n. C 27 del 26 gennaio 1998.

(14) Occorre sottolineare che il 16 settembre 1988 i paesi membri della CE e dell'EFTA (Associazione Europea di Libero Scambio, di cui facevano parte oltre a Islanda, Norvegia, e Svizzera anche Austria, Finlandia e Svezia, attualmente membri della CE) hanno firmato a Lugano un trattato sulla competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (il cui testo è pubblicato in *G.U.C.E.*, n. L 319 del 25 novembre 1988). Il testo della convenzione di Lugano sostanzialmente coincide con quello della convenzione di Bruxelles e la sua applicazione deve essere garantita qualora davanti al giudice di uno Stato contraente sia convenuto un soggetto domiciliato in un paese EFTA, nonché nelle ipotesi in cui gli artt. 16 e 17 della convenzione attribuiscano competenza a giudici appartenenti a paesi EFTA e, infine, nei casi di litispendenza e connessione fra cause presentate l'una nel foro di un paese comunitario e l'altra nel foro appartenente a un paese EFTA.

(15) Il fatto che la convenzione di Bruxelles detti — in talune ipotesi — regole idonee ad individuare il giudice fornito non solo di giurisdizione ma anche

La convenzione di Bruxelles, accanto a disposizioni che si limitano ad individuare una giurisdizione statale nel suo complesso, detta regole idonee a determinare lo specifico giudice territorialmente competente (ad esempio nell'art. 5, nn. 1, 2, 3, 5 e nell'art. 6 n. 1); e tale circostanza rappresenta un sintomo dell'integrazione particolarmente intensa raggiunta tra gli ordinamenti degli Stati appartenenti al sistema comunitario. Ai fini dell'applicazione della convenzione, l'insieme dei territori degli Stati contraenti viene considerato come un'unica « entità » (16): e sulla base di tale premessa la convenzione provvede a suddividere la competenza essenzialmente su base territoriale (17).

Ancora, i giudici debbono rilevare d'ufficio la propria incompetenza a favore di altro tribunale comunitario, qualora si verta in tema di competenze esclusive oppure qualora il convenuto rimanga contumace. Anche a quest'ultimo proposito, il coordinamento realizzato tra tribunali appartenenti a paesi diversi è, come accennato, del tutto simile a quello esistente all'interno di un medesimo ordinamento giuridico, nell'ambito del quale siano presenti disposizioni inderogabili sulla competenza, da salvaguardare a prescindere da ogni istanza di parte.

Ai sensi della convenzione rilevano, inoltre, sia la litispendenza sia la connessione tra cause instaurate in Stati diversi. In particolare, nel caso in cui la medesima lite venga proposta in più paesi, il giudice successivamente adito sospende d'ufficio il procedimento e declina la giurisdizione qualora il foro previamente investito della questione accerti la propria competen-

---

di competenza territoriale non significa che le due nozioni siano destinate ad identificarsi o sovrapporsi, né a livello di normativa uniforme, né a livello di diritto nazionale. In particolare la tradizionale distinzione tra i concetti di giurisdizione e competenza continua a rappresentare un principio fondamentale del sistema italiano di diritto processuale civile.

(16) JENARD, Relazione sulla Convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *G.U.C.E.*, n. C 59 del 5 marzo 1979.

(17) In primo luogo la convenzione detta criteri in grado di riportare la decisione della controversia in ambito comunitario; in particolare il criterio di carattere generale è costituito dal domicilio del convenuto in territorio comunitario. Solo l'art. 16 si applica a prescindere dal domicilio dei soggetti contraenti, mentre l'art. 17 viene in considerazione nel caso in cui almeno uno dei soggetti risulti domiciliato nella Comunità; non importa se esso assuma la veste di attore o di convenuto.

za (18). Tale pronuncia non viene subordinata né all'eccezione di parte, né alla prospettiva del riconoscimento della sentenza straniera; ciò al pari di quanto normalmente accade con riferimento a controversie instaurate all'interno di un ordinamento statale in cui operano meccanismi idonei a garantire coerenza e razionalità interna.

Infine, nell'ambito della Comunità le decisioni sono destinate a circolare liberamente, essendo sottoposte ad un controllo solo per quanto concerne la loro esecuzione (19).

Questi ed ulteriori significativi elementi indicano che la convenzione di Bruxelles ha operato una vera e propria rivoluzione in materia di procedura civile internazionale, realizzando in campo giudiziario una profonda integrazione fra gli Stati membri dell'Unione. L'innovazione appare ancor più significativa se si considera il rango delle disposizioni facenti parte della normativa uniforme. Come già accennato, quest'ultima è una convenzione comunitaria e, come tale, gode della copertura derivante dall'art. 293 (già 220) del trattato di Roma. Di fronte alle norme convenzionali sono, dunque, destinate a soccombere le disposizioni statali, così come i trattati internazionali, ad eccezione di quelli già ratificati dagli Stati o relativi a materie di carattere particolare.

Dal complesso di tali circostanze si evince il carattere tendenzialmente esclusivo ed inderogabile della convenzione del 1968 rispetto sia alle regole di diritto statale sia alle regole di diritto internazionale vigenti in materia; le uniche normative desti-

---

(18) La mancanza del riconoscimento potrà avere ripercussioni sulla competenza giurisdizionale, ma le conseguenze potranno essere valutate solo *ex post*, ossia dopo che la decisione di declinatoria sia stata pronunciata e il riconoscimento della sentenza emessa dal giudice previamente adito sia stato negato. In altri termini nessun esame preventivo, prognostico sulla riconoscibilità della sentenza straniera è ammesso in sede di esame della litispendenza internazionale secondo la disciplina dettata dalla Convenzione di Bruxelles, a differenza di quanto previsto nell'art. 7 della l. n. 218 del 1995.

(19) La libera circolazione delle sentenze appare ancor più significativa in quanto destinata ad interessare settori non disciplinati dalla normativa sostanziale comunitaria. V., in tal senso, GAJA, *Sui rapporti tra la Convenzione di Bruxelles e le altre norme*, cit., p. 253. Sul punto cfr. HARTLEY, *Civil Jurisdiction*, cit., p. 155 ss., il quale sottolinea la necessità che un'unione doganale e commerciale, tesa a creare un « *home market* », sulla via di un'ulteriore integrazione economica crei anche un'unione giudiziaria.

nate a prevalere sulle disposizioni uniformi sono quelle relative a materie di carattere particolare o a casi esclusi dall'ambito di applicazione della convenzione di Bruxelles. In particolare, non sono comprese nella definizione le liti in materia fiscale, doganale e amministrativa, ovvero le cause in cui, a prescindere dalle caratteristiche della prestazione controversa o dalla qualifica delle parti, viene in rilievo un soggetto pubblico che agisce « nell'esercizio della sua potestà d'imperio ». Inoltre sottratte all'operare della disciplina convenzionale sono le controversie relative a: (*i*) stato e capacità delle persone fisiche, regime patrimoniale fra coniugi, testamenti e successioni; (*ii*) fallimenti, concordati e procedure affini; (*iii*) sicurezza sociale; (*iv*) arbitrato. La disposizione si giustifica essenzialmente in base alla considerazione per cui le materie escluse sono oggetto di una disciplina internazionale o comunitaria ad esse specificamente dedicata (20).

Basti pensare alle convenzioni dell'Aja del 1970, in tema di riconoscimento delle sentenze di divorzio e di separazione personale, e del 1961, sulla competenza a giudicare e sulla legge applicabile alla protezione dei minori. Sempre con riferimento al primo gruppo di materie escluse dall'ambito di applicazione della convenzione, occorre ricordare che competenza, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di potestà dei genitori sui figli avuti in comune erano oggetto di una convenzione approvata il 28 maggio 1998 sulla scorta delle disposizioni di cui all'art. K3 del trattato UE e mai entrata in vigore. La convenzione è stata trasformata nel regolamento comunitario 1347/2000 approvato il 29 maggio 2000 (21).

Analogo *iter* ha subito la disciplina comunitaria concernente fallimenti, concordati e procedure affini. Dopo un lungo e travagliato periodo di elaborazione, solo nel novembre del 1995 è stata sottoscritta la convenzione comunitaria per la disciplina del fallimento transfrontaliero. A seguito dell'approvazione del

---

(20) Per quanto concerne l'arbitrato, ad esempio, la materia non è stata compresa tra quelle disciplinate dalla normativa uniforme, poiché già esistevano apposite Convenzioni internazionali sul riconoscimento e l'esecuzione dei lodi, ratificate da numerosi paesi europei. Basti pensare alla Convenzione di New York del 1958 ed alla Convenzione di Ginevra del 1961.

(21) Il regolamento rappresenta la trasformazione della Convenzione adottata dal Consiglio il 28 maggio 1998 e sottoscritta da tutti gli Stati membri della Comunità, la c.d. Convenzione « Bruxelles II »; documento COM (1999) 220.

trattato di Amsterdam, a fronte dell'accennato ampliamento delle competenze comunitarie e a fronte della mancanza di tutte le ratifiche necessarie per l'entrata in vigore della predetta convenzione, è stato possibile approvare il regolamento 1346/2000, che ripropone pressoché integralmente il testo convenzionale. Nel suo ambito sono previsti, da un lato, appositi criteri attributivi di competenza in ordine all'apertura di una procedura d'insolvenza e, dall'altro, speciali regole per il riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze fallimentari.

3. Le modifiche di maggior rilievo introdotte dal regolamento 44/2001 rispetto al testo vigente della convenzione di Bruxelles riguardano l'esecuzione delle sentenze straniere. I criteri attributivi di giurisdizione ricalcano, infatti, quanto stabilito nell'ambito della convenzione comunitaria pur con alcune, rilevanti, precisazioni.

In particolare il titolo generale di giurisdizione rimane il domicilio del soggetto convenuto in giudizio (22). Di tale nozione né la convenzione né il regolamento forniscono una definizione autonoma, lasciando che il domicilio delle persone fisiche sia volta a volta determinato in virtù della legge interna dell'ordinamento in cui si presume localizzato (23). Per quanto riguarda,

---

(22) Sul domicilio del soggetto convenuto in giudizio nell'ambito dello spazio giudiziario europeo cfr. MONDINI, *Alcune considerazioni in tema di domicilio delle persone fisiche nell'ambito della Convenzione CEE*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, p. 112 ss.; DROZ, *Compétence judiciaire*, cit., p. 210 ss.; GOTHOT, HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles*, cit., p. 25 ss.; BALLARINO, *Il domicilio delle persone fisiche nella Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Studi in memoria di G. Venturini*, Milano, 1984, p. 11 ss.; DESANTES REAL, *La competencia judicial*, cit., p. 65 ss.; KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., p. 420 ss.; GUARDANS CAMBÒ, *Commento all'art. 52*, in *Comentario al Convenio de Bruselas*, cit., p. 679 ss.; LUZZATTO, *Giurisdizione e competenza*, cit., 1991, p. 63 ss.; MARI, *Il diritto processuale*, cit., p. 204 ss. Sulla nozione di domicilio con specifico riferimento all'ordinamento britannico v. STONE, *The Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982. Some Comments*, in *Int. Comp. Law Quart*., 1983, p. 492 ss.; KAYE, *The meaning of domicile under United Kingdom Law for the purpose of the Brussels Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, in *Netherlands Int. Law Rev.*, 1988, p. 181 ss.; ANTON, BEAUMONT, *Civil Jurisdiction in Scotland*, cit., p. 77 ss.; CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, cit., p. 54 ss.; MARI, *Il diritto processuale civile*, cit., p. 204 ss.; SALERNO, *La Convenzione di Bruxelles*, cit., p. 37 ss.

(23) Secondo quanto espressamente previsto nell'art. 59 del regolamento

invece, le persone giuridiche, la convenzione sostituisce al concetto di domicilio quello di sede, la cui ricorrenza deve essere accertata sulla base delle norme di diritto internazionale privato previste nell'ordinamento del giudice adito (24). La situazione è destinata a modificarsi a seguito dell'entrata in vigore del regolamento che, all'art. 60, fornisce una nozione autonoma (anche se non univoca) di sede, prevedendone l'identificazione con la sede statutaria, con il luogo in cui si trova l'amministrazione della società e con il centro della sua attività principale (alla stregua dei criteri impiegati nell'art. 25 della l. n. 218 del 1995) (25).

« per determinare se una parte ha il domicilio nel territorio dello Stato membro in cui è pendente il procedimento, il giudice applica la legge nazionale. Qualora una parte non sia domiciliata nello Stato membro i cui giudici sono aditi, il giudice, per stabilire se essa ha il domicilio in un altro Stato membro, applica la legge di quest'ultimo Stato ».

(24) Sulla sede delle società nell'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles v. cfr. SANTA MARIA, *Problemi in tema di applicazione alle società della Convenzione della CEE sulla competenza giurisdizionale e sul riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, p. 139 ss.; e *Diritto commerciale comunitario*, 2ª ed., Milano, 1995, p. 91 ss.; DROZ, *Compétence judiciaire*, cit., p. 241 ss.; GOTHOT, HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles*, cit., p. 25 ss.; BROGGINI, *Sulle società nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1992, p. 30 ss.; GUARDANS CAMBÒ, *Commento all'art. 53*, in *Comentario al Convenio de Bruselas*, cit., p. 689 ss.; MARI, *Il diritto processuale*, cit., p. 213 ss.; SALERNO, *La Convenzione di Bruxelles*, cit., p. 38 ss.; CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, cit., p. 56 ss., il quale sottolinea che il criterio in esame deve essere inteso alla luce del principio di effettività; di conseguenza hanno rilievo nell'ambito dello spazio giudiziario europeo solo quei criteri, stabiliti dalla *lex fori*, che consentono di localizzare la sede nell'ambito di uno Stato il quale, a sua volta, riconosca le persone giuridiche come domiciliate al proprio interno. Questo significa che il giudice adito, chiamato ad applicare le proprie norme di conflitto per verificare il luogo in cui ha sede una persona giuridica, può ritenere la società domiciliata in un determinato ordinamento straniero solo se anche detto ordinamento riconosce che la società ha sede sul suo territorio.

(25) L'art. 60 del regolamento recita: « ai fini dell'applicazione del presente regolamento una società o altra persona giuridica è domiciliata nel luogo in cui si trova: *a*) la sua sede statutaria, o *b*) la sua amministrazione centrale, oppure *c*) il suo centro d'attività principale. Per quanto riguarda il Regno Unito e l'Irlanda, per « sede statutaria » si intende il « *registered office* » o, se non esiste alcun « *registered office* », il « *place of incorporation* » (luogo di acquisizione della personalità giuridica), ovvero, se nemmeno siffatto luogo esiste, il luogo in conformità della cui legge è avvenuta la « *formation* » (costituzione). Per definire se un *trust* ha domicilio nel territorio di uno Stato membro i cui giudici siano stati aditi, il giudice applica le norme del proprio diritto internazionale privato ».

Continuità assoluta rispetto alla convenzione di Bruxelles si riscontra anche per quanto riguarda la previsione dei titoli di competenza speciali. In questa sede interessa segnalare la precisazione relativa all'identificazione del foro competente per le controversie inerenti la materia contrattuale (26). Secondo la convenzione di Bruxelles, detto foro è quello « in cui l'obbligazione è stata o deve essere eseguita »; e la nozione deve essere intesa in base alla legge regolatrice del contratto, individuata grazie all'operare delle disposizioni di diritto internazionale privato della *lex fori* (27). Il regolamento comunitario prevede, invece, una definizione autonoma della nozione « luogo di adempimento dell'obbligazione dedotta in giudizio » relativamente ai più importanti « *genus* » contrattuali. L'art. 5.1 della nuova disciplina precisa, infatti, che, ferma restando la prevalenza dell'indicazione convenzionale delle parti che individuino il luogo di esecuzione delle obbligazioni contrattuali, questo deve identificarsi nel caso della compravendita di beni, con il luogo in cui i

---

(26) Si ricorda che una controversia può essere giudicata come rientrante nella materia contrattuale qualora ci si trovi di fronte ad un « obbligo liberamente assunto da una parte nei confronti dell'altra » (Corte di giustizia 27 ottobre 1998, in causa C-51/97, *Réunion européenne SA c. Spliethoff's Bevrachtingskantoor BV*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 6534 ss.).

(27) Sull'art. 5, n. 1, della Convenzione di Bruxelles v., per tutti: FORLATI, *Luogo di esecuzione delle obbligazioni contrattuali e Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1976, p. 50 ss.; LUZZATTO, *Il luogo di esecuzione dell'obbligazione contrattuale come criterio di competenza giurisdizionale*, in *Studi in onore di E.T. Liebman*, Milano, 1979, p. 817 ss.; GAUDEMET-TALLON, *Les conventions*, cit., p. 103 ss.; KAYE, *Civil Jurisdiction*, cit., p. 464 ss.; DESANTES-REAL, *La competencia judicial*, cit., p. 236 ss.; CARRASCOSA GONZALES, *Commento all'art. 5*, in *Comentario al Convenio de Bruselas*, cit., p. 77 ss.; ANTON, BEAUMONT, *Civil Jurisdiction in Scotland*, cit., p. 95 ss.; WESER, *L'article 5, alinéa 1er de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et la concession de vente exclusive*, in *Journal trib.*, 1976, p. 323 ss.; DROZ, *Compétence judiciaire*, cit., p. 57 ss.; BALDI, *Sull'art. 5.1 della Convenzione di Bruxelles*, in *Foro pad.*, 1987, II, c. 219 ss.; HILL, *Jurisdiction in Matters Relating to a Contract under the Brussels Convention*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 1995, p. 591 ss.; CLERICI, Forum solutionis *e Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 al vaglio della giurisprudenza italiana*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 873 ss.; MARI, *Il diritto processuale*, cit., p. 254 ss.; e *Il luogo di esecuzione dell'obbligazione tra Convenzione di Bruxelles e Convenzione di Roma: eguaglianza o uniformità?*, in *Jus*, 1990, p. 79 ss.; BROGGINI, *Il* forum destinatae solutionis: *passato, presente, futuro*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 15 ss.; CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, cit., p. 63 ss.; SALERNO, *La Convenzione di Bruxelles*, cit., p. 39 ss.

beni sono stati consegnati o avrebbero dovuto essere consegnati in base al contratto, mentre nel caso della prestazione dei servizi, con il luogo in cui i servizi sono stati o avrebbero dovuto essere prestati in base al contratto (28).

Nessuna modifica di particolare rilievo è prevista per i fori stabiliti a protezione della parte debole, per quelli esclusivi, nonché per la validità delle clausole di proroga della competenza (29).

---

(28) CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo* cit., p. 69 ss.

(29) Sugli accordi di proroga della giurisdizione cfr. BONELL, *L'art. 17 della Convenzione di Bruxelles sulla competenza giurisdizionale ed il diritto transnazionale*, in *Riv. comm.*, 1977, p. 214 ss.; CARBONE, *Area dell'economia comunitaria e clausole di deroga della giurisdizione contenute in polizze di carico*, in *Dir. mar.*, 1977, p. 169 ss.; ID., *La disciplina comunitaria della « proroga della giurisdizione » in materia civile e commerciale*, in *Dir. comm. int.*, 1989, p. 351 ss.; ID., *Lo spazio giudiziario europeo*, cit., p. 132 ss.; LUZZATTO, *Una questione sempre aperta: la « forma » della clausola compromissoria per arbitrato estero*, in *Dir. mar.*, 1977, p. 415; ID., *Giurisdizione e competenza*, cit., 1991, p. 63 ss.; MARI, *Rapporti di lavoro, principi costituzionali e deroga alla giurisdizione*, cit., p. 51 ss.; ID., *Il diritto processuale civile*, cit., p. 564; VENTURINI, voce *Inderogabilità convenzionale della giurisdizione*, in *Novissimo Digesto it.*, Appendice, IV, Torino, 1983, p. 162 ss.; MCCLELLAN, *Choice of Jurisdiction Clauses under the EEC Judgments Convention*, in *Journal Business Law*, 1984, p. 445 ss.; LOPEZ DE GONZALO, *Le clausole di deroga alla giurisdizione nelle polizze di carico di fronte alla Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Dir. mar.*, 1985, p. 581 ss.; ID., *Voci discordanti della giurisprudenza di merito in tema di clausole di deroga alla giurisdizione in polizze di carico*, *ibidem*, 1989, p. 196 ss.; ID., *Prime indicazioni sulla nuova disciplina delle clausole di deroga della giurisdizione in polizze di carico*, *ibidem*, 1990, p. 114 ss.; BARIATTI, *Sull'interpretazione dell'art 17 della Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1986, p. 818 ss.; DELI, *Gli usi del commercio internazionale nel nuovo testo dell'art. 17 della Convenzione di Bruxelles*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 27 ss.; PERI, *Disciplina della proroga di competenza della Convenzione di Bruxelles nella giurisprudenza della Corte di giustizia della C.E.E.*, in *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale. Studi in memoria di Mario Giuliano*, Padova, 1989, p. 731 ss.; KOHLER, *Rigueur et souplesse en droit international privé: les formes prescrites pour une convention attributive de juridiction « dans le commerce international » par l'article 17 de la Convention de Bruxelles dans sa nouvelle rédaction*, in *Dir. comm. int.*, 1990, p. 611 ss.; POCAR, *La Convenzione di Bruxelles*, cit., p. 11 ss.; RINOLDI, *Autonomia della volontà e foro elettivo nella Convenzione comunitaria*, cit., p. 77 ss.; ANCEL, *La clause attributive de juridiction*, cit., p. 263 ss.; DIAMOND, *Jurisdiction Clauses*, in *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, London-Dublin-Edinburgh-Bruxelles, 1992, p. 141 ss.; PHILIP, *The Scope of Article 17*, in *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, cit., p. 151 ss.; SCHOCKWEILER, *Jurisdiction Clauses*, cit., p. 119 ss.; CALVO CARAVACA, *Commento all'art. 17*,

Nemmeno per quanto concerne l'accertamento della competenza il regolamento apporta rilevanti innovazioni. Il giudice investito della controversia deve, infatti, verificare d'ufficio la propria competenza giurisdizionale solo allorché il convenuto non sia presente nel giudizio o allorché l'oggetto della controversia riguardi una materia riservata alla competenza esclusiva di altro foro comunitario a sensi dell'art. 22. L'eventuale incompetenza derivante dal mancato rispetto di altri titoli di giurisdizione deve essere fatta valere dal convenuto, non oltre la prima difesa, al fine di evitare che la sua comparizione sia valutata alla stregua di un'adesione al foro scelto dall'attore.

Anche relativamente alla disciplina della litispendenza internazionale, non si riscontrano novità significative (30). Essa

---

in *Comentario al Convenio de Bruselas*, cit., p. 343 ss.; AULL, *Der Geltungsanspruch des EuGVÜ: « Binnensachverhalte » und Internationales Zivilverfahrensrecht in der Europäisches Union*, cit.; GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, cit., p. 75 ss.; e *Jurisdiction Clauses*, in *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, cit., p. 129 ss.; QUEIROLO, *Gli accordi sulla competenza giurisdizionale tra diritto comunitario e diritto interno*, Padova, 2000.

(30) Sulla nozione di litispendenza nella Convenzione di Bruxelles v. CARBONE, *Il regime della litispendenza nelle Convenzioni dell'Aja e di Bruxelles*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1969, p. 7 ss.; e *Lo spazio giudiziario europeo*, cit., p. 168 ss.; COLLINS, *The Civil Jurisdiction*, cit., p. 96 ss.; HARTLEY, *Civil Jurisdiction*, cit., p. 76 ss.; GOTHOT, HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles*, cit., p. 216 ss.; KAYE, *Civil Jurisdiction*, cit., p. 1216 ss.; LASOK, STONE, *Conflict of Laws*, cit., p. 266 ss.; O'MALLEY, LAYTON, *European Civil Practice*, cit., p. 629 ss.; KERAMEUS, *Problemi attuali della litispendenza internazionale nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1990, p. 1001; SCHOCKWEILER, *Lis Alibi Pendens and Related Proceedings*, in *Civil Jurisdiction and Judgments in Europe*, London-Dublin-Edinburgh-Bruxelles, 1992, p. 157 ss.; DI BLASE, *Connessione e litispendenza nella Convenzione di Bruxelles*, Padova, 1993; SILVESTRI, *Sul concetto di litispendenza nella Convenzione di Bruxelles*, in *Foro it*., 1994, I, 3193 ss.; CALVO CARAVACA, *Commento all'art. 21*, in *Comentario al Convenio de Bruselas*, cit., p. 400 ss.; MALATESTA, *Litispendenza e riconoscimento di sentenze nella Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1995, p. 511; BARIATTI, *Riflessioni sul riconoscimento delle sentenze civili e dei provvedimenti stranieri nel nuovo* jus commune *italiano*, in Collisio legum. *Studi di diritto internazionale privato per Gerardo Broggini*, Milano, 1997, p. 29 ss.; BIAVATI, *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 1997, p. 575 ss.; BRIGGS, REES, *Civil Jurisdiction and Judgments*, 2nd ed., London, 1997, p. 140 ss.; CONSOLO, *Profili della litispendenza internazionale*, in *Riv. dir. int*., p. 5 ss.; GARDELLA, *Litispendenza internazionale, fori di giurisdizione esclusiva e competenze del RINa nella Convenzione di Bruxelles del 1968*, in *Dir. mar.*, 1998, p. 1157; POCAR, *La giurisdizione sulle controversie marittime nello sviluppo della*

continua ad essere disciplinata alla stregua di quanto normalmente accade nell'ambito di un ordinamento statale unitario ed anche oltre detti limiti: l'art. 21 della convenzione di Bruxelles prevede che, in caso di pendenza di una medesima lite di fronte a più giudici comunitari, quello successivamente adito sospende d'ufficio il procedimento finché il giudice previamente adito abbia verificato la propria competenza. Se tale verifica risulta positiva, il giudice adito per secondo dovrà definitivamente spogliarsi della controversia. Affinché possa dirsi sussistente un'ipotesi di litispendenza è necessario che le domande presentate di fronte a diversi giudici comunitari presentino identità di oggetto, titolo e parti processuali (31). Detti requisiti devono essere valutati secondo criteri estensivi, più ampi di quelli abitualmente impiegati nella tradizione giuridica dell'ordinamento italiano. Per quanto riguarda i requisiti oggettivi, ad esempio, ci si trova in presenza della medesima lite anche allorché una domanda sia volta ad ottenere l'attuazione o il risarcimento dei danni conseguenti all'inadempimento di un contratto, mentre un'altra domanda sia proposta al fine di ottenerne l'annullamento o la risoluzione (32).

Recentemente, anche per quanto riguarda il requisito soggettivo si è accolta un'interpretazione estensiva. La Corte di giustizia ha, infatti, precisato che per medesime parti devono intendersi quelle portatrici di medesimi interessi essenziali, o meglio titolari di « interessi identici e inscindibili ». In tal caso, infatti, i soggetti processuali, pur differenti, possono essere valutati « come una sola e unica parte » (33).

In merito alla determinazione del momento rilevante al fine

Convenzione di Bruxelles del 1968, *ivi*, 1999, p. 183 ss.; GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions*, cit., p. 204 ss.; MARI, *Il diritto processuale*, cit., p. 769 ss.; SALERNO, *La Convenzione di Bruxelles*, cit., p. 99 ss.

(31) Corte di giustizia 27 giugno 1991, causa C-351/89, *Overseas Union Insurance*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 3342.

(32) Cass., sez. un., 15 ottobre 1992, n. 11262, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 93.

(33) Corte di giustizia 19 maggio 1998, causa C-351/96, *Drouot Assurance SA c. Consolidated Metallurgical Industries*, in *Raccolta*, 1998, I, p. 3091. Sulla sentenza in esame cfr. le note di HUET, in *Journal droit int.*, 1999, p. 608 ss.; SEATZU, *The Meaning of « Same Parties » in Article 21 of the Brussels Jurisdiction and Judgements Convention*, in *European Law Rev.*, 1999, p. 540 ss.; ASPRELLA, *I presupposti della litispendenza internazionale; rapporti tra l'art. 21 della Convenzione di Bruxel-*

di stabilire quale sia il giudice previamente adito, la convenzione non fornisce una definizione autonoma, facendo riferimento a quanto previsto dalla legge nazionale del giudice adito. Esso, pertanto, potrà essere identificato con il momento dell'iscrizione della causa a ruolo, oppure con la data della notifica al convenuto dell'atto introduttivo del giudizio e così via.

I problemi derivanti dalla differente identificazione del momento di inizio del procedimento nell'ambito dei vari ordinamenti degli Stati contraenti sono superati dal regolamento comunitario. Nell'ambito dell'art. 30 viene, infatti, precisato, il momento in cui i giudici comunitari devono considerarsi aditi ai fini della disciplina sulla litispendenza. Al riguardo si deve fare riferimento: (*i*) al momento del deposito dell'atto introduttivo del giudizio presso il giudice, « purché successivamente l'attore non abbia omesso di prendere tutte le iniziative prescritte per la notificazione o comunicazione dell'atto stesso al convenuto », oppure (*ii*) al momento della ricezione dell'atto da parte dell'autorità deputata alla sua notifica o comunicazione, qualora l'atto stesso debba essere notificato o comunicato prima del deposito, sempre che l'attore non abbia omesso di prendere tutte le necessarie iniziative anche a quest'ultimo riguardo (34).

Per quanto riguarda il titolo III della convenzione di Bruxelles, risulta evidente che esso ha subito le più rilevanti modifiche ad opera del regolamento sulla competenza giurisdizionale ed il riconoscimento delle sentenze in materia civile e commerciale. In particolare, la sezione 1, all'art. 33, ribadisce il principio del riconoscimento automatico delle sentenze emesse negli Stati contraenti, limitando all'ipotesi di contestazione il ricorso al procedimento giudiziario.

Per contro, il procedimento di *exequatur* è completamente trasformato al fine di consentire una più rapida soddisfazione dei diritti accertati con sentenze pronunciate in Stati comunitari. Il procedimento è così semplificato da concretizzarsi in una veri-

---

les e l'art. 7 della legge di riforma del diritto internazionale privato, in *Giust. civ.*, 1999, p. 3 ss.; DROZ, in *Revue critique*, 2000, p. 63 ss.; da ultimo, PERSANO, *Il rilievo della litispendenza internazionale nella Convenzione di Bruxelles del 1968: in particolare, la nozione di « stesse parti »*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 713 ss., ed ivi riferimenti.

(34) CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, cit., p. 173 ss.

fica di carattere essenzialmente formale sui requisiti che la decisione straniera deve possedere. A detta verifica segue l'adozione del provvedimento di *exequatur* in assenza di un contraddittorio con il soggetto nei confronti del quale l'esecuzione della sentenza è fatta valere e senza che il giudice *ad quem* possa prendere in considerazione, d'ufficio, l'eventuale ricorrenza di motivi di diniego (35). Solo nella seconda fase della procedura, la parte contro la quale l'esecuzione è stata concessa può far valere le proprie difese ed invocare, nei confronti della sentenza straniera, la ricorrenza di un motivo ostativo all'esecuzione (36).

4. La convenzione di Bruxelles del 1968 ha determinato una profonda modifica del diritto processuale internazionale dei paesi membri ed ha comportato una vera e propria rivoluzione nell'ambito del sistema italiano. Per comprendere detta innovazione basti riflettere sul fatto che, nei decenni passati, l'impostazione pubblicistica della giurisdizione ha pesantemente condizionato il sistema processuale italiano (37). Sulla base di quest'ultima l'attività giudiziaria, come espressione della sovranità (38), non può che essere collegata agli altri poteri dello Stato, ossia quello esecutivo e legislativo, i quali si esercitano essenzialmente nell'ambito dei confini nazionali o, eventualmente, sui cittadini ovunque si trovino (39). In tale prospettiva esiste un colle-

---

(35) A norma dell'art. 41 del regolamento 44/2001 « la decisione è dichiarata esecutiva immediatamente dopo l'espletamento delle formalità di cui all'art. 53, senza alcun esame ai sensi degli artt. 34 e 35. La parte contro cui l'esecuzione viene chiesta non può, in tale fase del procedimento, presentare osservazioni ».

(36) CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, cit., p. 173 ss.

(37) QUADRI, *Volontà delle parti e competenza giurisdizionale*, in *Studi critici di diritto internazionale*, I, *Diritto internazionale privato*, Milano, 1958, p. 77 ss. e *Giurisdizione nazionale e giurisdizioni straniere*, *ibidem*, p. 289 ss.

(38) V., per tutti, CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, p. 303 ss. e *Istituzioni di diritto processuale civile*, II, 1, Napoli, 1935-36, p. 30 ss.; QUADRI, *La giurisdizione sul cittadino nel nuovo codice di procedura civile*, in *Riv. dir. int.*, 1941, p. 301 ss.; BALLADORE PALLIERI, *L'universalità dell'ordinamento dello Stato*, in *Jus*, 1950, p. 24 ss. Da ultimo v. ATTARDI, *Giurisdizione e competenza in generale*, in *Commentario Allorio*, vol. I, Torino, 1973, p. 43 ss.

(39) CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale*, cit., p. 55 ss.; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, 1925, IV, p. 417 ss.; e *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, 2ª ed., Roma, 1941, p. 52 ss.; BETTI, *Ragioni ed azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1932, I, p. 233 ss.

gamento necessario tra sovranità e giurisdizione, alla quale non viene attribuita la funzione di realizzare i diritti dei singoli ma quella di attuare e proteggere l'ordinamento nella misura più ampia possibile; l'interesse privato alla soluzione delle controversie è così salvaguardato ma contestualmente messo in secondo piano rispetto all'interesse pubblico di tutelare l'organizzazione dello Stato.

Risulta di immediata percezione la profonda influenza che l'impostazione in esame esercita sulla definizione di un sistema processuale. In base ad essa un ordinamento si estende laddove sia in grado di porre prescrizioni normative, controllandone il rispetto; di conseguenza, un rapporto sottratto ai giudici del foro è automaticamente sottratto all'ordinamento nazionale poiché, in mancanza di giurisdizione, uno Stato non può garantire l'applicazione delle proprie disposizioni legislative e, quindi, affermare la propria sovranità.

Nel codice di procedura civile del 1942 (40), com'è noto, la disciplina della funzione giurisdizionale e la scelta dei relativi criteri sono profondamente influenzate dalla concezione pubblicistica (41); ma non solo. Il codice del '42 ha imposto un sistema in cui la giurisdizione italiana è quanto mai estesa, al fine di evitare che controversie collegate anche in maniera debolissima ed indiretta con lo Stato possano essere giudicate altrove. Con riferimento alle controversie che presentano caratteristiche di internazionalità nell'ambito del codice del 1942 si sono stabiliti tre principi cardine, che testimoniano l'atteggiamento di chiusura dello Stato nei confronti degli ordinamenti stranieri, ossia l'irrilevanza della litispendenza internazionale (42), la necessità della

---

(40) Il codice di procedura civile è stato approvato con regio decreto il 28 ottobre 1940, n. 1443, pubblicato in *G.U.*, n. 253 del 28 ottobre 1940, suppl. ord., ed è entrato in vigore, come il codice civile, il 21 aprile 1942.

(41) La concezione pubblicistica della giurisdizione, che ha ispirato il codice di procedura civile del 1942, era condivisa solo in forma attenuata dalla dottrina v. SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1937, I, p. 32 ss.; ALLORIO, *Il « Sistema » di Carnelutti*, in *Riv. dir. comm.*, 1937, I, p. 57 ss.; CALAMANDREI, *La relatività del concetto d'azione*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1939, I, p. 22 ss.

(42) Circa la nozione e la disciplina previgente della litispendenza internazionale v.: GATTI, *Sulla litispendenza e sul conflitto di giurisdizioni nei rapporti civili internazionali*, Pistoia, 1905, p. 3 ss.; GHIRARDINI, *La litispendenza nel diritto*

delibazione (con effetti costitutivi per l'attribuzione degli effetti) delle sentenze straniere (43), e l'inderogabilità della giurisdizione nazionale (44).

---

processuale civile internazionale, in *Riv. dir. int.*, 1907, p. 326 ss.; BALLADORE PALLERI, *Sulla litispendenza tra autorità giudiziarie di Stati diversi*, in *Foro subalpino*, 1928, p. 619 ss.; PERASSI, *Il regolamento di litispendenza in alcune Convenzioni internazionali*, in *Riv. dir. int.*, 1953, p. 357 ss.; FRANCHI, *La litispendenza*, Padova, 1963, p. 1 ss.; COLESANTI, voce *Litispendenza*, in *Novissimo Digesto it.*, IX, Torino, 1963, p. 984 ss.; e *L'impedimento della prevenzione nel riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 117 ss.; GIULIANO, *La giurisdizione civile italiana e lo straniero*, 2ª ed., Milano, 1970, p. 40 ss.; SORACE, voce *Litispendenza*, in *Enc. dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 878 ss. Da ultimo v. l'approfondita ricostruzione ed analisi compiute da CONSOLO, *Profili della litispendenza*, cit., p. 5 ss.

(43) Sul valore che potevano acquisire le sentenze straniere non delibate v., in particolare, l'analisi compiuta da CAPPELLETTI, *Il valore delle sentenze straniere in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, p. 192 ss., il quale distingue tra quattro tipi di effetti che possono attribuirsi alle decisioni straniere, ossia effetti normativi, probatori, imperativi e esecutivi. Contro detta ricostruzione v. GAJA, *Sentenza straniera non delibata e diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int.*, 1964, p. 409 ss. Sulla disciplina previgente relativa al riconoscimento delle sentenze straniere e, in special modo, sul procedimento di delibazione v.: LIEBMAN, *L'azione per la delibazione delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, p. 283 ss.; CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, Padova, 1931, p. 347 ss.; MONACO, *Il giudizio di delibazione*, Padova, 1940, p. 3 ss.; ZICCARDI, *Considerazioni sul valore della sentenza straniera*, in *Riv. dir. int.*, 1954, p. 481 ss.; QUADRI, *Sentenza straniera e sentenza di delibazione*, in *Studi critici*, cit., p. 123 ss.; CONDORELLI, *La funzione del riconoscimento delle sentenze straniere*, Milano, 1967, p. 1 ss.; MIGLIAZZA, *La sentenza straniera nel diritto italiano*, Milano, 1968, p. 3 ss.; MIELE, *La cosa giudicata straniera*, Padova, 1989, p. 3 ss. Per una ricostruzione della disciplina codicistica in tema di riconoscimento delle sentenze straniere v., da ultimo, l'ampio studio di CONSOLO, *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 575 ss.

(44) Per un'analisi della funzione svolta dagli accordi di deroga alla giurisdizione italiana e per l'interpretazione che di essa è stata fornita v.: CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1934, p. 69 ss.; MORELLI, *Sulla validità della clausola di deroga alla giurisdizione italiana*, in *Riv. dir. nav.*, 1936, II, p. 374 ss.; e *Diritto processuale*, cit., 1954, p. 180; QUADRI, *Giurisdizione nazionale*, cit., p. 289 ss.; e *Volontà delle parti*, cit., p. 77 ss.; D'ONOFRIO, *Commento al nuovo codice di procedura civile*, I, *Disposizioni generali. Processo di cognizione*, Padova, 1941, p. 455 ss.; BENTIVOGLIO, *L'art. 2 c.p.c. e la determinazione della competenza internazionale del giudice straniero*, in *Riv. dir. int.*, 1956, p. 217 ss.; SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 61 ss.; MIELE, voce *Giurisdizione straniera (accettazione della)*, in *Novissimo Digesto it.*, VII, Torino, 1961, p. 1092 ss.; AMATO, voce *Inderogabilità convenzionale della giurisdizione*, *ibidem*, VIII, Torino, 1962, p. 599 ss.; PAU, *Deroga convenzionale alla giurisdizione italiana e competenza*

La disciplina dettata dal codice del '42, ed i principi ora indicati, sono stati superati dalla l. n. 218 del 1995 (45), che contiene la « riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato » e, nelle prime disposizioni rivolte al sistema processuale, respinge decisamente l'impostazione nazionalistica e pubblicistica della giurisdizione. L'approvazione della riforma italiana e la sua ispirazione a principi opposti rispetto a quelli che informavano la disciplina previgente appare perfettamente in linea con quanto avvenuto in quasi tutti gli ordinamenti europei che, negli ultimi decenni, hanno profondamente modificato il diritto internazionale privato (46); e nel movimento di riforma è stata coinvolta la definizione stessa della funzione giurisdizionale rispetto a controversie caratterizzate da elementi di internazionalità. A tale proposito un contributo determinante è stato fornito proprio dalla convenzione di Bruxelles che ha condizionato il diritto interno degli Stati comunitari anche al di fuori del suo, pur esteso, ambito di applicazione, modificando i principi basilari di diritto processuale civile internazionale. Per quanto concerne

---

internazionale del giudice straniero, in *Riv. dir. int.*, 1963, p. 585 ss.; IACCARINO, *Il c.d. atto di « deroga »*, cit., p. 1 ss.; LUZZATTO, *In tema di inderogabilità*, cit., p. 527 ss.; STARACE, voce *Limiti della giurisdizione*, cit., p. 449 ss.; GAJA, *La deroga alla giurisdizione italiana*, Milano, 1971, p. 1 ss.; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Napoli, 1979, p. 141 ss.; VENTURINI, voce *Inderogabilità convenzionale*, cit., p. 160 ss.; DI BLASE, voce *Deroga alla giurisdizione*, in *Digesto civ.*, V, Torino, 1989, p. 304 ss.; CAMPEIS, DE PAULI, *La procedura civile internazionale*, 2ª ed., Padova, 1996, p. 130 ss.

(45) Il testo della l. n. 218 del 1995 è pubblicato in *G.U.*, suppl. ord. n. 68 al n. 218 del 3 giugno 1995.

(46) A prescindere dalle semplici modificazioni di norme di diritto internazionale privato, che pure hanno determinato effetti rilevanti in taluni ordinamenti come in Francia e in Grecia, negli ultimi decenni hanno provveduto ad approvare una riforma organica della materia: Svizzera (il testo della legge di riforma del diritto internazionale privato è pubblicata in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 196 ss.), Repubblica federale tedesca (la traduzione della legge è pubblicata in *Riv. dir. int.*, 1987, p. 495 ss.), Iugoslavia (il testo tradotto della legge jugoslava è pubblicato in *Problemi di riforma del diritto internazionale privato*, Milano, 1986, p. 829 ss.), Ungheria (*ibidem*, p. 1009 ss.), Austria (*ibidem*, p. 731 ss.), Repubblica democratica tedesca (*ibidem*, p. 767 ss.), Spagna (*ibidem*, p. 919 ss.), Portogallo (*ibidem*, p. 893 ss.), Polonia (*ibidem*, p. 869 ss.), Albania (*ibidem*, p. 721 ss.), Cecoslovacchia (*ibidem*, p. 745 ss.). Senza contare che anche ordinamenti non europei hanno provveduto ad introdurre modificazioni più o meno profonde nella disciplina di diritto internazionale privato (come Louisiana, Turchia, Tunisia, Unione Sovietica, Marocco).

l'ordinamento italiano, è stato proprio il condizionamento operato dalla convenzione, ispirata a principi opposti rispetto a quelli accolti nel codice, a rendere necessaria l'approvazione di una radicale riforma tesa a diminuire il divario esistente tra diritto convenzionale e diritto interno. Il risultato è stato raggiunto con la l. n. 218 del 1995, la quale contiene una normativa di diritto processuale civile internazionale largamente ispirata alla disciplina uniforme e da questa pesantemente condizionata.

Diversi sono gli elementi indicativi del profondo cambiamento avvenuto. In primo luogo la legge di riforma, per fondare la giurisdizione nazionale, fa riferimento in via generale non più alla cittadinanza ma al domicilio ed alla residenza del soggetto convenuto, quali criteri di collegamento più effettivi con l'ordinamento nazionale (47). Essa, inoltre, utilizza titoli di giurisdizione modellati sulla disciplina dettata dalla convenzione di Bruxelles e rinvia direttamente ai criteri impiegati negli artt. 5-15 della normativa uniforme anche nelle ipotesi in cui il convenuto non risulti domiciliato nella Comunità. Nelle materie sottratte alla convenzione, la l. n. 218 del 1995, pur non traendo dirette indicazioni dalla normativa uniforme, rinvia ai criteri sulla competenza territoriale interna (art. 3); così accogliendo quanto meno l'ispirazione di fondo della convenzione di Bruxelles, rivolta a legittimare l'esercizio della giurisdizione solo in presenza di un collegamento effettivo delle controversie con l'ordinamento del foro (48).

Non rileva, in questa sede, evidenziare tutti i criteri che la l.

---

(47) Secondo la legge di riforma del diritto internazionale privato non rileva la nazionalità del soggetto convenuto, ma il fatto che questi sia domiciliato o residente in Italia, oppure nella Repubblica abbia un rappresentante autorizzato a stare in giudizio a norma dell'art. 77 c.p.c.

(48) Il rinvio alle norme sulla competenza territoriale rappresenta una novità assoluta per l'ordinamento italiano, abituato a distinguere nettamente le disposizioni relative alla giurisdizione e le disposizioni relative alla competenza, senza commistione alcuna; questo non pare sufficiente a trasformare il sistema nazionale in un sistema a base territoriale, vista la limitata sfera di applicazione in cui il principio è destinato ad operare. Cfr., sul punto, MIGLIAZZA, *Rilievi sulla giurisdizione, sulla competenza territoriale e sulla competenza internazionale*, in *La riforma*, cit., p. 363 ss.; SALERNO, *Su alcune questioni di diritto processuale civile internazionale*, *ibidem*, p. 385 ss. Non bisogna dimenticare che la legge n. 218 prevede criteri attributivi di giurisdizione specifici, validi in relazione a particolari categorie di controversie (v. artt. 9, 10, 32, 37, 40, 42, 44, 50). Sulla difficoltà di coordinare i

n. 218 del 1995 ha ripreso più o meno direttamente dalla normativa convenzionale; il fattore maggiormente rilevante è lo spirito con cui si è proceduto a riformare la disciplina italiana sotto l'incalzante spinta della convenzione comunitaria. Nello spazio giudiziario europeo si persegue una sorta di universalismo nella regolamentazione della funzione giurisdizionale, nel senso che si ripartisce la competenza tra i diversi Stati comunitari alla stregua di quanto normalmente accade all'interno di un sistema processuale nazionale; ed in tale prospettiva, il legislatore italiano ha seguito una politica di apertura analoga nei confronti degli ordinamenti giudiziari di altri Stati (49).

---

diversi criteri previsti nella legge di riforma v. SALERNO, *Il coordinamento dei criteri di giurisdizione nella legge di riforma*, in *Riv. dir. int.*, 1996, p. 882 ss.

(49) L'entrata in vigore della Convenzione di Bruxelles non ha rappresentato l'unica spinta alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato e processuale. Altri fondamentali stimoli sono provenuti: (*i*) dalle sentenze della Corte costituzionale, la quale nel 1987 ha dichiarato incompatibili con la Costituzione due articoli delle preleggi (artt. 18 e 20), dando così vita ad un vuoto normativo e palesando l'esigenza di elaborare nuovi principi in materia. Le pronunce, oltre a richiedere un preciso intervento legislativo per colmare le lacune create, hanno messo in luce la non rispondenza delle norme di conflitto ai valori fondamentali accolti nell'ordinamento interno (sul tema v. BALLARINO, *Il nuovo diritto internazionale privato della famiglia*, in *Corriere giur.*, 1995, p. 487 ss.); (*ii*) dalle esigenze della vita giuridica internazionale non soddisfatte dalle disposizioni previste nel codice di procedura. In particolare la ratifica di numerose Convenzioni internazionali aveva creato, al pari di quanto avvenuto con riferimento alla Convenzione di Bruxelles, un sistema doppio di regolamentazione delle controversie con elementi di estraneità, sistema spesso ispirato a principi opposti; (*iii*) dalle corrispondenti riforme approvate in diversi ordinamenti di Stati europei. A questi fattori occorre aggiungere la profonda innovazione nella concezione dei rapporti tra ordinamenti; non solo il processo di integrazione europea ma il generale intensificarsi delle relazioni internazionali ed il progressivo riconoscimento e rispetto dei valori accolti all'estero hanno determinato l'esigenza di una profonda modifica della normativa italiana. Alle esigenze indicate ha cercato di rispondere la l. n. 218 del 1995, la quale ha dettato la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato. Per comprendere l'innovazione introdotta basti analizzarne l'art. 1, il quale stabilisce che oggetto della legge è quello di disciplinare « l'ambito della giurisdizione italiana, i criteri per l'individuazione del diritto applicabile » nonché « l'efficacia delle sentenze e degli atti stranieri ». La disposizione dimostra una diversa attenzione alle problematiche internazionalprivatistiche ed una nuova apertura dell'ordinamento nazionale ai valori stranieri, giacché il diritto internazionale privato e la procedura civile internazionale in precedenza costituivano una sorta di premessa o appendice rispettivamente del codice civile e del codice di procedura civile, mentre ricevono oggi un'unitaria ed autonoma regolamentazione. Sul punto cfr. PO-

La l. n. 218 armonizza, infatti, il sistema processuale italiano rispetto a quelli stranieri attribuendo, tra l'altro, rilievo all'attività processuale in questi ultimi posta in essere fin dal momento in cui la lite è radicata all'estero. A differenza della previgente disciplina codicistica, l'art. 7 impone al giudice di prendere in considerazione la litispendenza internazionale, sospendendo il processo instaurato nel foro nell'ipotesi in cui ritenga che il procedimento straniero si concluderà con una decisione che « possa produrre effetto per l'ordinamento italiano » (50).

Sempre nell'ottica di una maggiore apertura e fiducia nei confronti dei sistemi processuali stranieri, è stato superato anche il procedimento di delibazione quale tramite necessario e costitutivo degli effetti delle sentenze straniere, a favore del riconoscimento automatico dei valori giurisdizionali esteri e di un controllo limitato all'ipotesi di loro esecuzione (artt. 64 e 67). Da questo punto di vista le disposizioni della legge di riforma ripropongono un modello già accolto nei codici del 1865, anche se gli artt. 64-67 della l. n. 218 del 1995 non rappresentano un mero ritorno al passato. Tali disposizioni si giustificano in ragione del nuovo modo di concepire i rapporti tra ordinamenti statali, che consente di stabilire un'equivalenza, almeno tendenziale, tra processo nazionale e processo straniero, alla stregua delle indicazioni fornite dalla convenzione di Bruxelles. Secondo la legge di riforma, a prescindere dal caso in cui si chieda l'esecuzione delle pronunce estere, il giudizio sulla loro validità e sulla loro conformità rispetto ai valori irrinunciabili tutelati nel foro è previsto solo qualora le parti, o una di esse, ritengano che tali valori non abbiano ricevuto adeguata tutela all'estero. L'esigenza del proce-

---

CAR, *Commento all'art. 1*, in *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 3 ss. Per un commento generale sulla legge v. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, 3ª ed., Padova, 1999, p. 3 ss.; BOSCHERO, *Appunti sulla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, Torino, 1996; MENGOZZI, *La riforma del diritto internazionale privato italiano: la l. 31 maggio 1995, n. 218*, Napoli, 1996.

(50) Sulla disciplina della litispendenza internazionale dettata dalla legge di riforma v. CONSOLO, *Profili della litispendenza*, cit., p. 5 ss.; LUZZATTO, *Commento all'art. 7*, in *Commentario*, cit., p. 43 ss.; STARACE, *La disciplina dell'ambito della giurisdizione*, cit., p. 1234 ss.; DI BLASE, *Pendenza di un processo straniero*, in *Riforma del sistema italiano*, cit., p. 947 ss.; TARZIA, *Principi generali e processo di cognizione nel disegno di legge delega per il nuovo c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, p. 33 ss.

dimento predisposto dal codice viene, dunque, superata a vantaggio di un riconoscimento automatico e di una procedura di controllo eventuale, subordinata all'interesse delle parti ed, in ogni caso, non costitutiva degli effetti delle decisioni estere (51).

Nell'ambito della riforma era inevitabile venisse sottoposto a critica anche il terzo principio che, accolto nel codice di procedura, si fa tradizionalmente discendere dall'impostazione pubblicistica, ossia l'inderogabilità della giurisdizione italiana. Nonostante gli sforzi compiuti dalla dottrina nel senso di attenuare la portata dell'art. 2 c.p.c., troppo rigorose sono apparse le condizioni di estraneità che un determinato rapporto doveva presentare per ritenere ammissibile la deroga alla giurisdizione nazionale; si è così riconosciuta alle parti la facoltà di scegliere un foro straniero, pur in presenza di criteri in grado di fondare la giurisdizione italiana, con il solo limite della prova scritta e dei diritti indisponibili (art. 4 l. n. 218 del 1995) (52).

5. In sede comunitaria, i primi tentativi di disciplinare le procedure concorsuali si sono svolti in parallelo con i lavori preparatori della convenzione di Bruxelles del 1968 (53); ma solo il 29 maggio 2000 è stato approvato il regolamento CE 1346 sulle procedure d'insolvenza, destinato ad entrare in vigore il 31 marzo 2002 (54).

---

(51) Riguardo la nuova disciplina dettata dall'art. 64 della legge di riforma v.: CONSOLO, *Evoluzioni nel riconoscimento delle sentenze*, cit., p. 575 ss.; ATTARDI, *La nuova disciplina in tema di giurisdizione internazionale e di riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 755 ss.; BARIATTI, *Commento all'art. 64*, in *Commentario*, cit., p. 318 ss.; MIGLIAZZA, *Nazionalismo ed internazionalismo nel sistema italiano di diritto processuale civile internazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 675 ss.; LUZZATTO, *Sulla riforma del sistema italiano*, cit., p. 832 ss. Sui problemi di prima applicazione del titolo IV della legge di riforma v. CARLEVARIS, *La disciplina intertemporale del riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. int.*, 1997, p. 740 ss.

(52) Con riferimento all'art. 4 della legge italiana di riforma v. CARBONE, *Commento all'art. 4*, cit., p. 918 ss.; LUZZATTO, *Commento all'art. 4*, cit., p. 33 ss.; STARACE, *La disciplina dell'ambito della giurisdizione*, cit., p. 1234 ss.; BIAVATI, *Giurisdizione civile, territorio e ordinamento aperto*, Milano, 1997, p. 30 ss.

(53) Il primo progetto di Convenzione relativa al fallimento, ai concordati e ai procedimenti affini ha visto la luce nel 1970; questo era ispirato ai principi dell'universalità e dell'unità della procedura fallimentare e, dopo numerose modifiche, è stato approvato in via definitiva nel 1980.

(54) CARBONE, *Una nuova ipotesi di disciplina italiana sull'insolvenza transfrontaliera*, in *Il fall.*, 2000, p. 650 ss.

Non occorre soffermarsi sulle ragioni di un intervento comunitario in materia fallimentare: gli effetti determinati dalla globalizzazione dei mercati e dell'economia (55) consentono di capire perché, sempre più di frequente, la crisi di una determinata impresa interessa più ordinamenti giuridici (56). Ma la forza con cui si è affermato un diritto transnazionale, idoneo a soddisfare le istanze dei soggetti che operano nell'ambito del commercio internazionale e capace di regolarne in maniera tendenzialmente « autonoma » i rapporti, non è stata in grado di riflettersi nel settore dell'insolvenza (57). La normativa contenuta in

---

(55) Sulle ricadute che la globalizzazione determina sul diritto internazionale privato v. da ultimo, BASEDOW, *The Effects of Globalization on Private International Law*, in BASEDOW, KONO (ed.), *Legal Aspect of Globalization*, The Hague-London-Boston, 2000, p. 1 ss.; GOTTWALD, *Le insolvenze transfrontaliere: tendenze e soluzioni europee e mondiali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 149 ss.

(56) BEBCHUK, GUZMAN, *An Economic Analysis of Transnational Bankruptcies*, in *Journal Law Economics*, 1999, p. 775, osservano che « *business operate across borders. When those business fail, assets and creditors are often located in multiple jurisdictions. Bankruptcy laws, however, are national in character and, therefore, poorly designed to handle cross-border bankruptcies* ». L'esigenza di una disciplina *ad hoc* per l'insolvenza transnazionale non si è affermata, ma solo intensificata, in tempi recenti: per un'accurata ricostruzione del sorgere del problema dell'insolvenza a carattere transfrontaliero, avvertito sin dai giureconsulti fiamminghi, e delle soluzioni originariamente prospettate si rinvia a ROLIN, *Des conflits de lois in matière de faillite*, in *Recueil des Cours*, t. 14, 1926, IV, p. 5 ss. Sul punto cfr., inoltre, GEMMA, voce *Fallimento in diritto internazionale privato*, in *Enc. giur. it.*, VI, 1900, p. 477 ss.; e *Appunti di diritto internazionale privato*, Bologna, 1936; DENA, *Trattato di diritto commerciale internazionale*, III, Firenze, 1905; ENRIQUES, *Universalità e territorialità del fallimento nel diritto internazionale privato*, Roma, 1934 (anche in *Riv. dir. int.*, 1934) p. 7 ss.; MERIGGI, *Contributo alla dottrina del fallimento in diritto internazionale privato*, Genova, 1936, p. 5 ss.

(57) In materia di fallimento transfrontaliero vedi, da ultimo, UNITED KINGDOM NATIONAL COMMITTEE OF COMPARATIVE LAW, *Cross-Border Insolvency: Comparative Dimensions*, London, 1990; JORIO, voce *Fallimento nel diritto comunitario*, in *Digesto comm.*, IV, Torino, 1990, p. 443; CAMPBELL, *Attacking foreign Assets*, London-New York-Hamburg-Hong Kong, 1992; ESPLUGUES, *La quiebra internacional*, Barcelona, 1993; BEGUIN, *Un îlot de résistance à l'internationalisation: le droit international des procédures collectives*, in *Mélanges Loussouarn*, Paris, 1994, p. 31; CONSEIL DE L'EUROPE, *Bankruptcy and judicial liquidation proceedings*, Palais de l'Europe, Strasbourg, 1994; INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION SEREIS, *Current Issues in Cross-Border Insolvency and Reorganizations*, London-Dordecht-Boston, 1994; KARRER, ARNOLD, PATOCCHI, *Switzerland's Private International Law*, Boston-Zürich, 1994, (11[th]lh Chapter: Bankruptcy and Composition); LEONARD, BESANT, *Current Issues in Cross Border Insolvency and Reorganization*, Lon-

convenzioni di diritto uniforme e la c.d. *lex mercatoria* si sono, infatti, rivelate inadeguate rispetto alle esigenze pubblicistiche e statalistiche accolte nei diversi ordinamenti, che hanno imposto una regolamentazione nazionale delle situazioni relative alla crisi di imprese con attività e localizzazioni transfrontaliere (58).

Il fenomeno è particolarmente grave, oltreché evidente, nell'ambito dell'Unione europea, in cui la creazione di un mercato unico ha ulteriormente favorito ed incentivato le transazioni commerciali a carattere internazionale e, dunque, moltiplicato le ipotesi in cui il dissesto di una società coinvolge interessi localizzati in più paesi (59).

All'interno di un sistema economico integrato, non è ammissibile che gli ordinamenti collegati all'insolvenza adottino provvedimenti in materia fallimentare, o regolino le procedure concorsuali, in completa autonomia. Basti pensare che la mancanza di coordinamento limita la fiducia degli operatori negli scambi commerciali, nonché il ricorso al credito (60): questo an-

---

don, 1994; ZEGEL, *Current Developments in International and Comparative Corporate Insolvency Law*, Oxford, 1994; LUPONE, *L'insolvenza internazionale. Procedure concorsuali nello Stato e beni all'estero*, Padova, 1995; ID., *La Convenzione comunitaria sulle procedure d'insolvenza e la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Contratto e impresa-Eur.*, 1999, p. 429; WOOD, *Principles of International Insolvency*, London, 1995; COOPER, JARVIS, *Recognition and Enforcements of Cross-Border Insolvency*, Paris, 1996; DUTOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2e éd., Bâle-Francfort-sur-le-Main, 1997 (Chapitre 11: Faillite et concordat); WHEELER, OLDFELD (ed.), *International Insolvency Procedures*, London, 1997; BARRET, *Various Legislative Attempts with Respect to Bankruptcies Involving More than one Country*, in *Texas International Law Journal*, 1998, p. 557; SMART, *Cross-Border Insolvency*, London, 1998; FLETCHER, *Insolvency in Private International Law*, Oxford, 1999; PERKINS, *A Defense of Pure Universalism in Cross-Border Corporate Insolvencies*, in *Jour. Int. Law Politics*, 2000, p. 788 ss.

(58) Come efficacemente sottolineato da WESTBROOK, *Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 1991, p. 457, « *the surging growth of transnational enterprise presents the prospect of capitalism writ large, with all its benefits and terrors. One inevitable consequence is the emergence of worldwide defaults. Numerous legal frameworks have been constructed or are building to scaffold the creation of transnational business, but we have failed utterly to fashion the legal structures necessary to manage the consequences of cross-border defaults* ».

(59) DANIELE, *La Convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento: prime riflessioni*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 499 ss., e *Il fallimento del diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1987.

(60) FLESSNER, *Il diritto fallimentare internazionale in Europa*, in *Dir. fall.*, 1991, p. 694 ss.

che perché il debitore, grazie all'incomunicabilità dei sistemi fallimentari, riesce a sottrarre parti consistenti del suo patrimonio alle procedure concorsuali.

L'assenza di coordinamento provoca, inoltre, effetti paradossali, quali la violazione di principi fondamentali, pur accolti nell'ambito di tutti gli ordinamenti interessati al dissesto di una determinata impresa. A causa delle divergenze nelle normative di diritto internazionale privato e della chiusura dei sistemi fallimentari, tali principi, benché unanimemente accolti, non riescono a realizzarsi compiutamente. Paradigmatica, da questo punto di vista, è la *par condicio creditorum* (61), la cui attuazione è fortemente penalizzata e, talora, del tutto compromessa in ragione dell'incomunicabilità tra le procedure aperte nei differenti Stati.

Nonostante le inefficienze derivanti dall'assenza di coordinamento, gran parte degli ordinamenti nazionali, compresi quelli europei, continua a negare rilievo alle procedure concorsuali aperte all'estero, traendo, sul punto, ispirazione dal modello territorialistico. In base ad esso, la giurisdizione nazionale sussiste sulla base di criteri di collegamento, i quali divergono da paese a paese, ma tendenzialmente si rivelano esorbitanti, dal momento che consentono l'apertura di un procedimento d'insolvenza in relazione a qualunque impresa che abbia esercitato un'attività nel foro. Da questo punto di vista, appare pienamente realizzato il binomio sovranità-controllo dell'impresa: tanto più che nessuna rilevanza assume la pendenza di procedimenti stranieri, neppure quando siano aperti in un paese che presenta collegamenti ben più rilevanti con il debitore, essendo nel suo territorio localizzata la sede principale o l'amministrazione centrale o la maggior parte degli interessi economici della società fallita (62).

Al modello territorialistico si è, tradizionalmente, contrapposto quello universalistico, in base al quale un solo tribunale è competente a pronunciare la declaratoria di fallimento, cui segue l'apertura di un unico procedimento, idoneo a coinvolgere

---

(61) LUPONE, *L'insolvenza transnazionale*, cit., p. 242 ss.; DORDI, *La Convenzione dell'Unione europea sulle procedure d'insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 333 ss.; CARBONE, *Il c.d. fallimento internazionale tra riforma italiana del d.i.p. e normativa di diritto uniforme*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 633 ss.

(62) Sulla contrapposizione dei modelli cfr. ENRIQUES, *Universalità e territorialità*, cit., p. 7 ss.

tutti i beni del debitore, ovunque localizzati, e a soddisfare tutti i creditori, a prescindere dalla loro nazionalità e dal loro domicilio. Ancora, la legge dello Stato di apertura è la sola chiamata a regolare il procedimento fallimentare ed estende i suoi effetti sia nel foro sia negli ordinamenti stranieri (63).

Anche se la contrapposizione tra i modelli è ben delineata in astratto, la loro applicazione concreta presenta molteplici sfaccettature, tanto che non si riscontra mai un'attuazione per così dire « pura », ossia un'attuazione in forma assoluta né del modello universalistico, né del modello territorialistico.

In particolare, secondo il principio territorialistico strettamente inteso la sentenza di declaratoria di fallimento e la procedura conseguentemente aperta hanno effetti limitati ai confini dello Stato, ossia sono destinate ad estendersi esclusivamente ai beni situati nel foro (ed, eventualmente, ad avvantaggiare i soli creditori ivi residenti o domiciliati). Di fatto, però, esso ha caratterizzato la disciplina della materia fallimentare solo nel senso di chiudere i sistemi nazionali ai provvedimenti e alle procedure straniere, senza contestualmente limitare al territorio statale i provvedimenti e le procedure aperte nel foro. Molti ordinamenti, tra cui quello italiano, difendono strenuamente il principio della territorialità per negare ogni rilievo alle procedure aperte all'estero ma, nel contempo, si attengono ad un principio di uni-

---

(63) La teoria dell'universalità, considerata da quasi tutti gli autori che si sono interessati al problema dell'insolvenza a carattere transnazionale come il migliore modello di riferimento, è stata precisata originariamente da SAVIGNY, *Traité de droit romain* (nella traduzione di GUENOUX), VIII, Paris, 1870, c. 374, p. 279 ss. Da queste brevi considerazioni risulta di immediata percezione quale sia il problema centrale che si pone in merito all'attuazione del sistema universalistico, ossia rintracciare il foro esclusivamente competente. Le soluzioni prospettate al riguardo fanno riferimento o al domicilio del debitore (e alla sua sede, se si tratta di persona giuridica) oppure al centro degli affari dell'imprenditore insolvente. Sul punto cfr. FERRARA, *Il fallimento*, 4ª ed., Milano, 1989, p. 40 ss.; CASO, *Forche caudine per l'universalità del fallimento*, in *Foro it*., 1991, II, p. 1482; PAJARDI, *Radici ed ideologie del fallimento*, Milano, 1992, p. 75 ss.; e *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1986, III, p. 22 ss.; DORDI, *La Convenzione europea*, cit., p. 617 ss. A favore del sistema universalistico si sono espressi, da ultimo, PERKINS, *A Defence of Pure Universalism*, cit., p. 787 ss.; RASMUSSEN, *A New Approach to Transnational Insolvencies*, in *Michigan Journ. Int. Law*, 1997, p. 27 ss.; WESTBROOK, *Choice of Avoidance Law in Global Insolvencies*, in *Brooklyn Jour. Int. Law*, 1991, p. 515 ss.; ID., *Theory and Pragmatism*, cit., p. 461 ss.

versalità (unilaterale) per le procedure aperte nello Stato. In altri termini, la barriera posta all'ingresso di quanto deciso negli ordinamenti stranieri in materia fallimentare, non limita anche i provvedimenti e le procedure aperte nello Stato, le quali, al contrario, tendono ad avere effetti extraterritoriali. La procedura aperta nel foro ha potenzialmente la capacità di coinvolgere tutti i beni del debitore, ovunque localizzati, e soddisfare tutti i creditori, ovunque residenti o domiciliati. Per contro, la procedura aperta all'estero o non assume alcun valore nello Stato o riceve un riconoscimento limitato alla produzione di taluni effetti, precisamente individuati (64).

D'altro canto neppure l'universalità, nella versione integrale, risulta accolta in alcuna disciplina interna o internazionale (con il limite di alcuni trattati a carattere bilaterale) (65). Difatti,

---

(64) Ponendosi dal punto di vista interno ad un determinato ordinamento sembra incontestabile che il principio di territorialità fornisca ampie rassicurazioni in ordine al soddisfacimento di tutti gli interessi coinvolti nelle procedure concorsuali. Solo effettuando riscontri incrociati sui risultati cui porta l'applicazione del principio territorialistico nei differenti paesi in cui sono contestualmente pendenti le procedure, se ne constatano le lacune. In tale prospettiva, l'impostazione in oggetto ha dato davvero poca prova di sé, testimoniando l'incapacità degli ordinamenti di agire in tempi brevi e di coordinarsi al fine di impedire, al debitore insolvente, di sottrarre i beni alla massa; in altri termini, l'incomunicabilità tra i sistemi nazionali nonché la complessità e la durata dei procedimenti, si sono rivelati un valido alleato di debitori capaci di approfittarne. Senza dimenticare che la più o meno rigida applicazione del principio di territorialità ha impedito di realizzare un'effettiva e paritaria tutela dei creditori, costretti a districarsi tra le diverse procedure nazionali e a sopportare i costi di insinuazione nei differenti stati passivi.

(65) Occorre, al riguardo, ricordare che l'entrata in vigore del regolamento comunitario determinerà il superamento delle uniche convenzioni bilaterali di cui attualmente l'Italia è parte, dal momento che queste sono concluse con paesi membri dell'Unione europea. Si segnalano, in particolare:

(*i*) la convenzione italo-francese sull'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale, sottoscritta a Roma il 3 giugno 1930 e resa esecutiva con l. 7 gennaio 1932, n. 45, parzialmente sostituita dalla disciplina contenuta nella convenzione di Bruxelles del 1968 sulla competenza giurisdizionale e il riconoscimento delle sentenze. La convenzione si ispira al principio dell'universalità nella disciplina delle procedure d'insolvenza, nel senso che il fallimento dichiarato dal tribunale dello Stato in cui l'imprenditore ha il domicilio (in caso di individui) o la sede (in caso di società) estende i suoi effetti nell'altro Stato contraente ed impedisce l'apertura di analoghi procedimenti all'estero. Sulla Convenzione cfr. RAMELLA, *La Convenzione fra l'Italia e la Francia in materia di fallimento*, in *Dir fall.*, 1932, p. 621 ss.; AUDINET, *La convention entre la France et l'Italie sur l'exécution des juge-*

il modello cui attualmente si ispirano le normative approvate tanto a livello internazionale, quanto a livello statale, è quello della « universalità limitata ». E non stupisce che proprio ad essa abbia fatto riferimento anche il regolamento CE 1346/2000 sulle procedure concorsuali con implicazioni transfrontaliere (66).

A dire il vero, a livello comunitario si è originariamente tentato di approntare una disciplina ispirata all'universalità pura. Ma a fronte della constatata impossibilità di raggiungere, al riguardo, l'accordo tra gli Stati membri, si è rinunciato sia al per-

---

ments en matière civile et commerciale, in *Revue critique*, 1931, p. 625 ss.; PERROUD, *La convention franco-italienne du 3 juin 1930 sur l'exécution des jugements*, in *Journal droit int.*, 1929, p. 281 ss.; STARACE, *Competenza giurisdizionale del giudice italiano e Convenzione italo-francese del 3 giugno 1930*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1966, p. 62 ss.; GIULIANO, voce *Fallimento*, cit., p. 260 ss.;

(*ii*) la Convenzione italo-austriaca sottoscritta il 12 luglio 1977 e resa esecutiva con l. 14 dicembre 1985, n. 612, la quale ha come specifico oggetto la disciplina delle procedure di insolvenza (ALMI, *La Convenzione fra Repubblica italiana e Repubblica d'Austria in materia di fallimento e di concordato*, in *Foro pad.*, 1986, c. 147). La Convenzione italo-austriaca si fonda sul principio dell'universalità del fallimento, prevedendo che la procedura aperta nel territorio dello Stato in cui il debitore ha collocato il centro degli affari, se imprenditore individuale, o la sede effettiva, se si tratta di una società, estenda automaticamente i suoi effetti nell'altro Stato contraente ed impedisca l'apertura di altre procedure, quand'anche a carattere secondario.

(66) Le origini della definizione del modello si fanno risalire a JACOT, *La faillite en droit international*, in *Nouvelle Revue de droit int. privé*, 1934, p. 778 ss. il quale assodata l'impossibilità di attuare una forma universalistica pura e rigettando il modello territorialistico ha proposto una soluzione intermedia. Preme rimarcare che l'adozione del modello dell'universalità limitata nell'ambito delle più recenti normative approvate tanto a livello interno quanto a livello internazionale è stata, per lo più, qualificata alla stregua di un'acquisita consapevolezza dell'esigenza di rigettare l'impostazione territorialistica e della difficoltà (se non dell'impossibilità) di accogliere il modello universalistico nella sua forma pura. In altri termini l'elaborazione e l'accoglimento del modello in esame è stata valutata come soluzione di compromesso. A ben vedere, però, proprio l'universalità limitata, grazie alla flessibilità e alla capacità di coniugare ideali universalistici ed esigenze statalistiche, sembra fornire le soluzioni più adeguate ai problemi derivanti dalla crisi delle imprese che operano in vari ordinamenti. Essa consente, infatti, di bilanciare ed avvicinare gli ideali universalistici e la necessità di rispettare i principi fondamentali accolti negli ordinamenti nazionali sia per quanto concerne la disciplina fallimentare sia per quanto concerne, più in generale, il sistema giuridico nel suo complesso. Attraverso l'adozione dell'universalità limitata potrà, insomma, dirsi rispettata l'esigenza di collaborazione tra ordinamenti giuridici, nel rispetto della loro sovranità e specificità.

seguimento di un modello universalistico puro, sia all'obiettivo di fornire una disciplina uniforme delle regole che sovrintendono i procedimenti concorsuali con implicazioni transfrontaliere e gli effetti che da essi discendono sui rapporti sostanziali (67). Tanto che, se si analizza l'origine e l'evoluzione dei lavori compiuti in seno all'Unione europea si rintraccia un ridimensionamento continuo degli obiettivi perseguiti. In particolare, per quanto riguarda le norme in materia di competenza giurisdizionale e riconoscimento delle sentenze, i tentativi di accogliere una normativa pienamente ispirata al criterio universalistico sono falliti senza neppure giungere ad un consolidamento nell'ambito di un testo definitivo. Parimenti, gli sforzi di predisporre una normativa materiale uniforme che disciplinasse se non tutti, quantomeno i più rilevanti aspetti dell'insolvenza transfrontaliera, non hanno lasciato traccia alcuna nel regolamento approvato. Insomma, nell'ambito della disciplina comunitaria si è deciso di operare in un'ottica minimalista, lasciando da parte i profili che hanno visto gli Stati comunitari arroccarsi su posizioni opposte anche a livello di principi ispiratori. Tanto che la proposta di regolamento sulle procedure d'insolvenza è stata presentata da due paesi membri dell'Unione europea, ossia Germania e Finlandia, che hanno supplito alla mancanza di iniziativa da parte della Commissione e del Consiglio (68).

---

(67) Secondo la disciplina accolta nel progetto del 1982, di fronte all'insolvenza transnazionale, era aperta una sola procedura a carattere universale e soggetta alla legge dello Stato di apertura. La competenza esclusiva a pronunciare la declaratoria di fallimento ed aprire la relativa procedura spettava al paese nel quale si trovava il centro dell'amministrazione del debitore, ossia il luogo in cui questi normalmente amministrava i suoi principali interessi. Il testo del regolamento, invece, riproduce pressoché integralmente il contenuto della Convenzione per la disciplina del fallimento transfrontaliero, approvata il 23 novembre 1995 e mai entrata in vigore per la mancata ratifica del Regno Unito, già ispirata al modello dell'universalità limitata (COLESANTI, *Aspetti processuali del progetto di Convenzione sul fallimento e sua incidenza nel diritto italiano*, in *L'influenza del diritto europeo nel diritto italiano*, Milano, 1982; DANIELE, *Il fallimento*, cit., p. 7 ss.; DORDI, *La Convenzione dell'Unione europea*, cit., p. 344 ss.; PAGLIAZZA, *Mercato comune e procedure fallimentari*, in *Dir. fall.*, 1991, p. 773 ss., GUZZI, *La Convenzione comunitaria sulle procedure d'insolvenza*, in *Dir. comm. int.*, 1997, p. 901 ss.; GOTTWALD, *Le insolvenze trans-frontaliere*, cit., p. 153 ss.; PROTO, *Aspetti della Convenzione Cee sulle procedure d'insolvenza*, in *Il fall.*, 1998, p. 943 ss.).

(68) Questo non significa che la convenzione di Bruxelles non abbia in-

I limiti dell'azione comunitaria risultano anche dall'ambito di applicazione del regolamento 1346/2000. Esso è destinato a disciplinare esclusivamente le procedure che riguardano debitori il cui centro degli interessi principali è localizzato all'interno del territorio comunitario (69). E proprio la limitazione in esame è stata ritenuta « uno dei punti deboli » della disciplina comunitaria, dal momento che non di rado accade che un'impresa che abbia pregnanti interessi in ambito comunitario ed ivi eserciti gran parte della sua attività commerciale, collochi la sede al di fuori dell'Unione e così sfugga all'applicazione del regolamento. In tale ipotesi la disciplina comunitaria non provvede neppure a garantire un coordinamento tra le procedure secondarie che siano, eventualmente, aperte negli Stati membri, rivelando una prospettiva eurocentrica, chiusa agli ordinamenti esterni. Imprese debitrici ed amministratori che vogliano sottrarsi ad una disciplina efficiente ed unitaria dell'insolvenza potrebbero facilmente aggirare le prescrizioni del regolamento spostando la sede statutaria (e la gestione di taluni affari) fuori dello spazio giudiziario europeo (70).

---

fluenzato in maniera determinante la disciplina della procedura civile internazionale anche in maniera fallimentare. Cfr. TRAUTMAN, WESTBROOK, GAILLARD, *Four models for International Bankruptcy*, in *American Jour. Comp. Law*, 1993, p. 581 osservano che « *the Brussels Convention, which excluded bankruptcy matters, provided something of a model for establish unity and universality, in that it established Jurisdictional bases which, when exercised, led to judgments entitled to almost automatic recognition and enforcement throughout the Common Market* ».

(69) Nel preambolo del regolamento, al considerando 13, viene specificato che il centro degli interessi principali del debitore va inteso come il « luogo in cui il debitore esercita in modo abituale, e pertanto riconoscibile ai terzi, la gestione dei suoi interessi ». Per le società e le persone giuridiche si presume che esso sia « il luogo in cui si trova la sede statutaria »; manca, invece, ogni riferimento alla definizione di centro degli interessi principali del debitore per quanto concerne gli imprenditori individuali (art. 3.3).

(70) Ai sensi dell'art. 1, inoltre, per l'applicazione del regolamento, è necessario che una procedura concorsuale sia fondata sull'insolvenza del debitore e comporti lo spossessamento, totale o parziale, del suo patrimonio e la nomina di un curatore o di un commissario. Nell'allegato *A* sono elencate, per ogni paese, le procedure aventi le caratteristiche appena descritte; per l'Italia rilevano il fallimento, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria e l'amministrazione controllata. Sulla base delle caratteristiche che presentano, le procedure ricomprese nell'ambito di applicazione del regolamento possono essere classificate in procedure a carattere liquidatorio e non liqui-

Nonostante i limiti evidenziati, il regolamento 1346/2000 rappresenta una svolta decisiva nella disciplina dell'insolvenza transfrontaliera. Esso respinge l'impostazione territorialistica prevedendo un coordinamento tra le differenti giurisdizioni degli Stati interessati all'insolvenza; anche se non è prescritta l'apertura di un'unica procedura, con effetti universali, i procedimenti paralleli, contestualmente pendenti, devono essere collegati tra loro. In linea generale, infatti, il modello dell'universalità limitata prescrive l'individuazione di una procedura « principale », nello Stato dove è situato il domicilio ovvero il centro degli affari del debitore, e di altre procedure « locali », gestite nei paesi in cui si trova una dipendenza della società fallita ovvero in cui sono localizzati alcuni dei suoi beni (71).

La procedura principale ha, tendenzialmente, carattere universale, nel senso che comprende tutti i beni del debitore, ovunque localizzati, e favorisce tutti i creditori, a prescindere dalla nazionalità e dal domicilio (72). Le decisioni di apertura di una procedura principale sono automaticamente riconosciute in tutti i paesi comunitari per il principio di fiducia reciproca che assiste

---

datorio, ovvero in procedure principali, secondarie o territoriali. Relativamente alla prima distinzione, l'Italia ha specificato che deve essere riconosciuta la qualifica di procedure a carattere liquidatorio al fallimento e alla liquidazione coatta amministrativa. Per contro, sono procedure a carattere non liquidatorio il concordato preventivo, l'amministrazione straordinaria e l'amministrazione controllata. In ogni caso, l'apertura, lo svolgimento e la chiusura delle procedure di insolvenza principale, secondarie o territoriali nonché gli effetti da queste determinati sono regolati, in linea di principio, dalla legge dello Stato membro nel cui territorio è aperta la procedura, pur con rilevanti eccezioni (art. 4). In particolare, la legge fallimentare non pregiudica i diritti reali dei creditori o dei terzi su beni del debitore che si trovano nel territorio di uno Stato membro differente rispetto a quello in cui pende la procedura d'insolvenza. Ancora, la *lex fori concursus* cede il passo alla *lex rei sitae* per quanto riguarda i contratti di acquisizione o di godimento relativi a beni immobili, alla *lex causae* del sistema di pagamento o del mercato finanziario per quanto riguarda i diritti e le obbligazioni dei partecipanti a sistemi di pagamento o a mercati finanziari, nonché alla legge dello Stato membro applicabile al contratto per quanto riguarda i rapporti di lavoro (art. 10).

(71) CARBONE, *Il c.d. fallimento internazionale*, cit., p. 636. Così facendo, si è cercato di raggiungere una mediazione tra le istanze pubblicistiche degli ordinamenti statali, che porterebbero comunque a gestire nel foro le procedure d'insolvenza, e le esigenze di coordinamento tra i diversi sistemi processuali in cui pendono procedimenti paralleli.

(72) Nell'ambito dell'universalità limitata, profonde divergenze si rintracciano, in particolare, per quanto concerne: (*i*) il riconoscimento delle decisioni straniere di declaratoria del fallimento e gli effetti ad esse assegnati; (*ii*) i requisiti

le sentenze pronunciate dai giudici appartenenti agli Stati membri; e non solo. Il riconoscimento fa sì che il procedimento straniero produca in tutto il territorio dell'Unione gli effetti previsti dalla legge dello Stato di apertura, ad esempio in ordine alla sospensione di azioni esecutive individuali, allo spossessamento del

---

che condizionano l'apertura delle procedure secondarie; (*iii*) i poteri assegnati al curatore straniero della procedura principale. Per quanto concerne il primo aspetto, preme sottolineare che, in linea generale, gli ordinamenti statali negano alle sentenze fallimentari straniere la capacità di produrre effetti diretti nel foro. Solo dopo aver superato il vaglio delle corti nazionali, le decisioni pronunciate dal giudice del paese in cui si localizza il domicilio o il centro degli affari del debitore sono ammesse a circolare nello Stato, di regola, senza produrre tutti gli effetti determinati nell'ordinamento d'origine. In particolare, nell'ordinamento elvetico (che dispone di una regolamentazione *ad hoc* sulle procedure concorsuali con implicazioni transfrontaliere, contenuta nel capitolo 11 « Fallimento e concordato » artt. 166-175 della legge federale sul diritto internazionale privato) hanno effetto solo i decreti pronunciati dalle autorità giudiziarie del paese in cui si localizza il domicilio del debitore, una volta che siano riconosciuti dalla competente autorità giudiziaria che, a seguito di apposita istanza presentata dal curatore straniero o dai creditori, verifica la ricorrenza dei requisiti indicati all'art. 166. Tra essi si segnalano la compatibilità con l'ordine pubblico sostanziale e con i principi fondamentali di diritto processuale, l'esecutività del decreto di apertura di fallimento nello Stato di origine e la reciprocità. Sulla legge svizzera di riforma del diritto internazionale privato approvata il 18 dicembre 1987, cfr., per tutti, BROGGINI, *La nouvelle loi fédérale sur le droit international privé; considérations comparées*, in *Annuaire suisse droit int.*, 1988, p. 132 ss.; KNÖEPFLER, SCHWEIZER, *La nouvelle loi fédérale sur le droit international privé*, in *Revue critique*, 1988, p. 207 ss.; POCAR, *La nuova legge svizzera sul diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 5 ss.; KNÖPFLER, SCHWEIZER, *Précis de droit international privé suisse*, Berne, 1990, p. 37 ss.; HEINI, KELLER, SEHR, VISCHER, VOLKEN, *IPRG-Kommentar*, Zürich, 1993; KARRER, ARNOLD, PATOCCHI, *Switzerland's Private International Law*, 2d ed., Zürich, 1994; HONSELL, VOGT, SCHNYDER, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht-Internationales Privatrecht*, Bâle, 1996; DUTUOIT, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 2e éd., Bâle-Francfort-sur-le-Main, 1997, ed ivi ampi riferimenti. Sul fallimento transfrontaliero nella disciplina svizzera cfr., per tutti, BREITENSTEIN, *Internationales Insolvenzrecht der Schweiz und Vereinigten Staaten - Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Zürich, 1990; GILLIÉRON, *Les dispositions de la nouvelle loi fédérale de droit international privé sur la faillite internationale* (pubblicazione del Centre du droit de l'entreprise de l'Université de Lausanne n. 18), Lausanne, 1991; VOLKEN, *L'harmonisation du droit international privé de la faillite*, in *Recueil des Cours*, 1991, V, p. 345 ss.; HANISCH, *Internationale Insolvenzrechte des Auslandes und das Gegenrecht nach Art. 166 Abs. 1 IPRG*, in *Revue suisse droit int. droit eur.*, 1992, p. 3 ss.; AMONN, *Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrecht*, 5. Aufl., Berne, 1993; DUTUOIT, *Commentaire de la loi fédérale*, cit., p. 466 ss.

debitore e così via. Dopo aver sancito il principio del riconoscimento automatico delle decisioni concorsuali, il regolamento 1346/2000 fa rinvio espresso agli artt. da 31 a 51 della convenzione di Bruxelles del 1968 per quanto concerne la loro esecuzione (ad eccezione dell'art. 34, par. 2), anche se le cause ostative sono ridotte al minimo necessario. Nell'ambito dell'art. 26 è, infatti, previsto che uno Stato membro possa rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione di una decisione relativa alla procedura d'insolvenza aperta all'estero qualora essa produca effetti « palesemente contrari » all'ordine pubblico, in particolare ai principi e ai diritti fondamentali sanciti nella Costituzione (73).

A seguito del riconoscimento di una procedura principale, sulla scorta di un modello di universalità limitata possono prevedersi due opzioni, ossia l'apertura di una procedura locale nel foro ovvero l'estensione della procedura principale ai beni presenti nello Stato.

Proprio facendo leva sulla propensione all'apertura di procedure secondarie piuttosto che all'estensione della procedura principale, la più recente dottrina ha distinto due profili nell'ambito del modello in esame, ossia l'universalità modificata e il sistema del fallimento secondario (74). Nell'ambito dell'« universalità modificata », accolta nella *Model Law on cross-border in-*

---

(73) Per quanto riguarda le modalità di operare della clausola in oggetto, preme sottolineare che nell'ambito del regolamento sulle procedure d'insolvenza è destinato a valere il principio, già accolto nell'ambito della convenzione di Bruxelles, in base al quale l'ordine pubblico opera come eccezione e non come regola generale a difesa dell'ordinamento del foro; esso viene in considerazione « solamente in casi eccezionali », qualora vi sia una manifesta contrarietà della decisione straniera rispetto ai principi vigenti nel foro (Corte di giustizia 4 febbraio 1988, causa 145/86, *Hoffmann c. Krieg*, in *Raccolta*, 1988, p. 662). Affinché l'ordine pubblico rilevi nel senso di impedire il riconoscimento o l'esecuzione di una decisione nell'ambito dello spazio giudiziario europeo, non è neppure sufficiente « una divergenza tra una norma giuridica applicata dal giudice dello Stato di origine e quella che avrebbe applicato il giudice dello Stato richiesto »; è, invece, necessario che « il riconoscimento o l'esecuzione della decisione pronunciata in altro Stato contraente contrastasse in modo inaccettabile con l'ordinamento giuridico dello Stato richiesto, in quanto lesiva di un principio fondamentale » (sentenza dell'11 maggio 2000, causa C-38/98, *Régie nationale des usines Renault SA c. Maxicar s.p.a.*, in *Raccolta*, 2000, I, p. 2973.

(74) WESTBROOK, *Choice of Avoidance Law in Global Insolvencies*, in *Brooklyn Jour. Int. Law*, 1991, p. 499 ss. Sul punto cfr., inoltre, PERKINS, *A Defense of pure Universalism*, cit., p. 790.

solvency (75), nonché nella normativa statunitense (76), l'idea centrale rimane quella di una procedura unica a carattere uni-

---

(75) La *model law* si propone di assistere gli ordinamenti statali nella predisposizione di leggi interne sull'insolvenza a carattere transfrontaliero, con la finalità di meglio realizzare gli obiettivi di efficienza nella gestione delle procedure concorsuali e di tutela nella soddisfazione dei diritti dei creditori, soddisfazione che deve avvenire su base paritaria, a prescindere dalla loro nazionalità e dal loro domicilio. Cfr. LEONARD, *A new Milestone in Cross-Border Insolvencies*, in *American Bankruptcy Institute Journal*, 1997, p. 20 ss.; ESPLUGUES, *The Uncitral Model Law of 1997 on Cross-Border Insolvency: an Approach*, in *Dir. comm. int.*, 1998, p. 657; FLASCHEN, SILVERMAN, *Cross-Border Insolvency Co-operation Protocols*, in *Texas International Law Journal*, 1998, p. 587 ss.; PRIOR, *The Uncitral Model Law on Cross-Border Insolvency*, in *Insolvency Law Practice*, 1998, p. 215 ss.; WESTBROOK, *Modeling International Bankruptcy*, in *Annual Survey Bankruptcy Law*, 1998-1999, p. 465 ss.; CRONIN, *Uncitral Model Law on Cross-Border Insolvency: Procedural Approach to a Substantive Problem*, in *Journal Corporation Law*, 1999, p. 709 ss.; FLETCHER, *Insolvency in Private International Law*, cit., p. 330 ss.; TOBLER, *Toward an International Bankruptcy Policy in Europe: Four Decades in Search of a Treaty*, in *Annual Survey Int. Comp. Law*, 1999, p. 205 ss.; GILREATH, *Overview and Analysis of how the United Nations Model Law on Insolvency would affect United States Corporations doing Business Abroad*, in *Bankruptcy Developments Journal*, 2000, p. 399 ss.; PERKINS, *A Defense of Pure Universalism*, cit., p. 787 ss.

(76) La normativa statunitense in materia di fallimento transfrontaliero rappresenta un chiaro esempio di applicazione del modello dell'universalità limitata; certamente il più vicino a quanto stabilito nell'ambito della *Model Law*, sull'approvazione della quale hanno, non a caso, pesantemente influito proprio gli USA (cfr. BEBCHUK, GUZMAN, *An Economic Analysis*, cit., p. 775 ss. Una modifica del *Bankruptcy Code* per adattarlo all'inserimento della *Model Law* è attualmente in fase di approvazione negli Stati Uniti: cfr. PERKINS, *A Defense of Pure Universalism*, cit., p. 788, n. 6). I requisiti condizionanti il riconoscimento di una procedura straniera sono indicati nei paragrafi 304 e 305 del *Bankruptcy Code* (introdotti dal *Bankruptcy Reform Act* del 1978) e la loro ricorrenza deve essere vagliata dalle corti americane, le quali godono di un ampio potere discrezionale, pur nell'ambito di criteri normativamente indicati (sul punto cfr. JAMES, *International Bankruptcies: Limited Recognition in the New U.S. Bankruptcy Code*, in *Houston Journal Int. Law*, 1980, p. 241 ss.; BOSHKOEFF, *United States Judicial Assistance in Cross-Border Insolvencies*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 1987, p. 729 ss.; NADELMANN, *The Bankruptcy Reform Act and Conflict of Laws: Trial-and-Error*, in *Harvard Int. Law Journal*, 1988, p. 27 ss.; BOOTH, *Recognition of Foreign Bankruptcies: An Analysis and Critique of the Inconsistent Approaches of United States Courts*, in *American Bankruptcy Law Jour.*, 1992, p. 135 ss.; TRAUTMAN, WESTBROOK, GAILLARD, *Four Models*, cit., p. 609 ss.; FLETCHER, *Insolvency in Private International Law*, cit., p. 201 ss.; TRIANTIS, *The interplay of liquidation and reorganization in the bankruptcy systems of Canada and the United States: The role of screens, gatekeepers, and guillotines*, in *Economic dimensions in international law*, ed. by BHANDARI, SYKES, Cambridge, 1997, p. 449 ss.).

versale, anche se si mantiene in capo ai giudici nazionali il potere di valutare l'opportunità di aprire procedimenti locali volti esclusivamente alla liquidazione del patrimonio del debitore (e alla soddisfazione dei creditori locali), e posti in rapporto di subordinazione rispetto al procedimento principale. Detti procedimenti, a ben vedere, non sono procedure concorsuali vere e proprie, dal momento che la loro apertura non determina tutti gli effetti normalmente collegati con la dichiarazione dell'insolvenza; sono dei procedimenti ibridi, funzionali alla procedura principale, le cui finalità tendono a realizzare.

Nel sistema del « fallimento secondario » o, meglio, delle « procedure secondarie », invece, pur rimanendo ferma la possibilità di configurare un'unica procedura a carattere universale, si prevede come regola l'apertura di procedimenti concorsuali nei paesi in cui il debitore abbia beni o interessi sufficienti a giustificarlo; essi devono coordinarsi con la procedura principale ma non presentano, a ben vedere, grosse differenze rispetto a quest'ultima, non essendo limitati né alla migliore gestione della procedura principale né all'esclusiva soddisfazione dei creditori locali. Questa seconda accezione dell'universalità limitata si trova espressa nell'ambito del regolamento CE 1346/2000 (77). Le procedure secondarie rappresentano, infatti, veri e propri procedimenti concorsuali, destinati anzitutto a soddisfare i creditori iscritti (nell'ambito delle procedure stesse) senza distinzione di cittadinanza o domicilio. La loro specificità risiede nell'avere carattere necessariamente liquidatorio e nel riguardare esclusivamente i beni del debitore presenti nello Stato di apertura: l'eventuale residuo dovrà, peraltro, essere messo a disposizione del curatore della procedura principale (78). Le procedure secondarie possono essere avviate negli Stati comunitari dopo l'apertura di un procedimento principale, senza che sia necessaria un'ulteriore verifica dello stato di insolvenza del debitore (art. 27), a con-

---

(77) WESTBROOK, *Choice of Avoidance Law*, cit., p. 499 ss., e *The Lessons of Maxwell Communication*, in *Fordham Law Rev.*, 1996, p. 2531 ss.

(78) In base a quanto disposto dal regolamento esiste una terza tipologia di procedura d'insolvenza: la procedura territoriale, aperta nello Stato in cui il debitore ha una dipendenza prima dell'avvio di una procedura principale. La procedura territoriale riguarda esclusivamente i beni presenti nel territorio dello Stato di apertura e, a differenza della procedura secondaria, non ha obbligatoriamente carattere liquidatorio, potendo tendere al risanamento aziendale.

dizione che in essi si trovi una « dipendenza » (da identificarsi con qualsiasi luogo di esercizio, in modo non transitorio, di un'attività economica con risorse umane e beni) (79). L'iniziativa in ordine alla loro apertura spetta al curatore della procedura principiale ovvero a qualsiasi persona interessata o autorità legittimata secondo la legge del foro (art. 29).

Anche con riferimento ai poteri riconosciuti al curatore della procedura principale, si rintracciano notevoli differenze nell'applicazione del modello dell'universalità limitata. Secondo una prima impostazione, accolta ad esempio in Svizzera, il curatore della procedura principale può esclusivamente richiedere l'apertura di un procedimento locale, non essendo abilitato ad esercitare alcun potere di gestione dei beni fallimentari al di fuori dello Stato di apertura.

In una diversa prospettiva, accolta nell'ambito del regolamento comunitario, accanto ad un obbligo di cooperazione e di informazione reciproca che grava sui curatori delle diverse procedure a prescindere dalla loro qualificazione, al curatore della procedura principale vengono riconosciuti diritti e prerogative in via esclusiva, con effetti non limitati al territorio dello Stato di apertura. In primo luogo i poteri attribuiti dalla legge dello Stato di apertura possono essere esercitati in tutto lo spazio giudiziario europeo, con il limite dell'apertura di procedure secondarie d'insolvenza negli altri Stati comunitari (80). Il curatore della

---

(79) Sulla nozione di dipendenza, cfr. DANIELE, *Il fallimento*, cit., p. 248 ss.; LANZA, *Considerazioni sulle « filiali » in relazione al progetto di Convenzione comunitaria di fallimento, concordato preventivo e procedure analoghe*, in *Riv. soc.*, 1970, p. 667 ss.; FRANCHI, *Le norme sulla competenza nel progetto preliminare di Convenzione comunitaria sul fallimento*, in *Dir. fall.*, 1970, p. 310 ss.; NADELMANN, *Bankruptcy Jurisdiction: News from the Common Market and a Reflection for Home Consumption*, in *American Bankruptcy Law Journal*, 1982, p. 65 ss.: COLESANTI, *Aspetti processuali del progetto di Convenzione sul fallimento e sua incidenza sul diritto italiano*, in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1983, p. 433 ss.; MARESCA, *Criteri di competenza giurisdizionale nel progetto di Convenzione CEE sul fallimento (e legge regolatrice dei diritti di garanzia su navi e aeromobili)*, in *Il fall.*, 1983, I, p. 374 ss.; LUPONE, *L'insolvenza transnazionale*, cit., p. 80 ss.

(80) Questi potrà chiedere il trasferimento nello Stato di apertura di beni che di trovano in altri ordinamenti comunitari (art. 18) ed, inoltre, chiedere l'apertura di una procedura secondaria (art. 29) o fare proposte sull'utilizzo dell'attivo della procedura secondaria (art. 31, n. 3). Al curatore della procedura principale è, inoltre, concesso il diritto di insinuarsi nel passivo di un'altra procedura allo stesso

procedura principale deve, inoltre, esprimere il suo assenso alla chiusura di una procedura secondaria mediante un piano di risanamento, un concordato o una misura analoga (art. 34). Per contro, al curatore della procedura secondaria sono riconosciuti tutti i poteri previsti dalla legge dello Stato di apertura: ma essi non possono essere esercitati negli altri Stati comunitari. L'attività del curatore è, infatti, limitata allo svolgimento della procedura secondaria, per definizione circoscritta ad un solo ordinamento statale; con l'eccezione del potere di insinuarsi nel passivo di un'altra procedura allo stesso titolo di qualsiasi creditore e partecipare all'assemblea dei creditori (art. 32 n. 3).

Se gli aspetti indicati vengono disciplinati in maniera profondamente divergente, alcuni caratteri accomunano qualunque normativa che si ispiri al modello dell'universalità limitata. In primo luogo, l'avvio di una procedura principale non determina mai l'impossibilità di aprire procedure a carattere secondario: in caso contrario, si ricadrebbe nel modello universalistico puro, che non ha ancora trovato espressione in alcuna convenzione multilaterale, legge statale o legge-modello predisposta per guidare la redazione delle normative interne. In secondo luogo, una volta che le procedure locali siano chiuse, l'eventuale residuo dovrà essere messo a disposizione del curatore della procedura principale. In terzo luogo, i giudici e le autorità che sovrintendono allo svolgimento o hanno la gestione delle procedure concorsuali devono collaborare ed, in particolare, provvedere allo scambio delle informazioni utili alla migliore riuscita dei procedimenti pendenti. Tutte e tre le caratteristiche indicate si rintracciano anche nell'ambito del regolamento comunitario.

6. L'approvazione del regolamento CE 1346/2000, ispirato all'universalità limitata, rafforza la spinta al cambiamento della disciplina dedicata alle procedure concorsuali nell'ambito dell'ordinamento italiano. In particolare, il r.d. n. 267 del 1942 contiene una normativa non più coerente rispetto al sistema proces-

---

titolo di qualsiasi creditore e partecipare all'assemblea dei creditori (art. 2, n. 3) e di chiedere la sospensione in tutto o in parte delle procedure di liquidazione per un periodo massimo di tre mesi, prorogabile o rinnovabile per altri tre mesi (art. 33) o addirittura la chiusura di una procedura territoriale e la sua conversione in secondaria (art. 37).

suale in cui è inserito, né più giustificabile in ragione della specialità della materia fallimentare. Con l'entrata in vigore del regolamento comunitario, infatti, anche il sistema processuale relativo alle procedure d'insolvenza subirà notevoli modifiche, creando una dicotomia tra procedimenti fallimentari che vedono il centro degli interessi principali del debitore localizzato all'interno della Comunità e procedimenti che vedono il centro degli interessi principali del debitore localizzato in uno Stato terzo. Se appaiono giustificabili differenze, anche profonde, nella disciplina dell'insolvenza transfrontaliera a seconda che essa interessi un debitore domiciliato all'esterno o all'interno della Comunità, non sembra ragionevole il mantenimento di una disciplina che, per le due ipotesi, si rivela opposta ed antitetica, anche a livello di principi ispiratori ed esigenze tutelate.

Basti pensare che l'ordinamento italiano in materia fallimentare si presenta ancora profondamente intriso da un'impostazione pubblicistica e territorialistica. Com'è noto, l'art. 9 della legge fallimentare stabilisce che può essere dichiarato fallito in Italia sia l'imprenditore che abbia la sede principale nello Stato (comma 1), sia l'imprenditore che abbia la sede principale all'estero ed, eventualmente, sia già stato dichiarato fallito nell'ordinamento straniero (comma 2) (81). L'articolo prevede, dunque, due distinti titoli di giurisdizione, in grado di operare autonomamente a prescindere dalla nazionalità o dal domicilio del debitore, ossia: (*i*) la presenza in Italia di una sede principale e (*ii*) la presenza di una sede secondaria o, quantomeno, l'esercizio di attività imprenditoriale (se non, addirittura, di semplici beni strumentali all'attività aziendale) (82). Esso, contestualmente, rifiuta

(81) L'art. 9 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267 recita: « Il fallimento è dichiarato dal tribunale del luogo dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa. L'imprenditore, che ha all'estero la sede principale dell'impresa, può essere dichiarato fallito nel territorio dello Stato anche se è stata pronunciata dichiarazione di fallimento all'estero ». Sul punto cfr. DANIELE, *Il fallimento*, cit., p. 55 ss.; CAMPEIS, DE PAULI, *La procedura civile*, cit., p. 615 ss., e *Elementi di estraneità nelle procedure concorsuali*, in *Il fall.*, 1995, p. 116 ss.

(82) Sulle condizioni ricorrendo le quali è possibile dichiarare in Italia il fallimento di un imprenditore che abbia all'estero la sede principale dell'impresa si sono scontrate opinioni differenti sia in dottrina che in giurisprudenza. In particolare, secondo un primo orientamento la giurisdizione italiana è subordinata alla ricorrenza di due condizioni, ossia presenza di una sede secondaria (o quantomeno

di riconoscere effetto alle procedure straniere, inserendosi perfettamente nel contesto del diritto processuale civile internazionale, così come disciplinato dal codice del '42 (83).

Se il sistema processuale, nei decenni passati, è stato caratterizzato da un atteggiamento di chiusura nei confronti dei sistemi stranieri, non stupisce che la medesima impostazione abbia caratterizzato anche la legge fallimentare, approvata nello stesso anno in cui è entrato in vigore il codice di procedura. Anzi, nell'ambito delle disposizioni dedicate alla materia fallimentare, l'impostazione in oggetto è accolta, se possibile, in forma ancora più accentuata. D'altronde nell'ambito delle procedure d'insolvenza, l'importanza degli interessi coinvolti, pubblici e privati, milita a favore di un'espansione della sovranità e di un esercizio territorialistico della giurisdizione; ma non solo. Al riguardo rilevano anche le ripercussioni che, sul mercato nazionale, determina l'atteggiamento di uno Stato allorché si dimostra capace di controllare e gestire le situazioni di crisi che interessano le imprese ammesse ad operare al proprio interno.

Come precisato, l'orientamento accolto nel codice è stato

---

una stabile rappresentanza) ed esercizio di un'attività professionale nello Stato; cfr. GIULIANO, *Il fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 1943, p. 78 ss.; ID., voce *Fallimento (diritto internazionale privato)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 241 ss.; DE SEMO, *Diritto fallimentare*, 4ª ed., Padova, 1964, p. 147 ss.; FERRARA, *Il fallimento*, 2ª ed., Milano, 1966, p. 192 ss.; CECCHERINI, *Ancora sulla giurisdizione italiana a dichiarare il fallimento di società straniere che operano in Italia*, in *Il fall.*, 1986, p. 163 ss.; CAMPEIS, DE PAULI, *La procedura civile*, cit., p. 616 e *Elementi di estraneità*, cit., p. 117; SALERNO, *Legge di riforma*, cit., p. 14 ss. Secondo un differente orientamento per radicare la giurisdizione italiana è sufficiente lo svolgimento, nello Stato, di un'attività imprenditoriale; sul punto cfr. LUPONE, *L'insolvenza transnazionale*, cit., p. 110 ss. ed *ivi* riferimenti. Una terza impostazione, infine, ritiene sufficiente la presenza di beni dell'imprenditore; cfr. AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, 2ª ed., III, Torino, 1961, p. 1775 ss.

(83) Particolarmente importante è rimarcare l'ampiezza dei criteri attributivi della giurisdizione nazionale, dal momento che la loro ricorrenza determina anche l'ambito di applicazione della normativa statale. Questo perché il sistema italiano è ispirato al principio per cui l'applicazione della legge fallimentare deve essere garantita tutte le volte in cui ricorrano i criteri attributivi della giurisdizione nazionale. In materia di procedure concorsuali, infatti, si instaura un collegamento necessario tra *forum* e *jus*, sulla base di una tecnica nota agli ordinamenti di *common law* ma normalmente estranea alla tradizione dei paesi di *civil law*, quantomeno nella materia civile e commerciale.

messo in crisi dalla l. n. 218 del 1995, che respinge decisamente l'impostazione nazionalistica e pubblicistica della giurisdizione: è stato, così, inevitabile sorgessero problemi di coordinamento tra disciplina generale di diritto processuale civile internazionale e disciplina dedicata alle procedure d'insolvenza dal r.d. n. 267 del 1942. Le due normative, figlie di epoche differenti ed impostazioni antitetiche, risultano apparentemente inconciliabili ed i loro rapporti sembrano potersi regolare solo attraverso la prevalenza di una fonte sull'altra. In particolare, occorre verificare se in Italia, dopo la riforma, è accolto un principio di chiusura o apertura del sistema fallimentare, se rileva la litispendenza internazionale e, ancora, se può operarsi un riconoscimento automatico delle decisioni concorsuali straniere (84).

---

(84) Cfr. SALERNO, *Legge di riforma del diritto internazionale privato e giurisdizione fallimentare*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1998, p. 5 ss.; LUPONE, *La Convenzione comunitaria*, cit., p. 429 ss.; CARBONE, *Una nuova ipotesi di disciplina italiana*, cit., p. 650 ss. Non sembra esistano problemi nell'individuare i rapporti tra art. 9 della legge fallimentare e art. 3 della legge di riforma, il quale prevede la sussistenza della giurisdizione italiana per tutte le controversie in cui sia convenuto un soggetto domiciliato o residente nello Stato. Se si parte dall'assunto secondo il quale le norme comuni in tema di giurisdizione non sono applicabili alla materia fallimentare, per la specialità di quest'ultima, si deve concludere che l'unica norma destinata a rilevare in tema di delimitazione della giurisdizione nazionale è l'art. 9 l. fall. (ed, eventualmente, l'art. 24 della medesima). Ma neppure qualora si ritenga che la legge di riforma sia applicabile alla materia fallimentare, sembrano porsi problemi particolari nel dare una lettura congiunta dell'art. 9 e dell'art. 3 della l. n. 218 del 1995 (se l'art. 9 viene letto quale norma speciale che stabilisce titoli attributivi di giurisdizione, esso prevale sui criteri generali indicati nell'art. 3, comma 1: non bisogna, comunque, dimenticare che questi ultimi, almeno in parte, coincidono con quanto previsto nella legge fallimentare, fondandosi sul domicilio del soggetto convenuto nel territorio italiano. Se, invece, l'art. 9 viene letto come disposizione che incide esclusivamente sulla competenza interna, è sufficiente interpretarlo in combinato disposto con l'art. 3, comma 2, della l. n. 218 del 1995 per concludere in ordine alla ricorrenza di due distinti titoli di giurisdizione in materia fallimentare, ossia la presenza in Italia di una sede principale e la presenza in Italia di una sede secondaria.

Le conclusioni si modificano per quanto concerne il valore da attribuire all'art. 24 l. fall., in base al quale « il tribunale che ha dichiarato il fallimento è competente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore e anche se relative a rapporti di lavoro, eccettuate le azioni reali immobiliari, per le quali restano ferme le norme ordinarie di competenza ». La norma è stata, fino ad oggi, interpretata quale disposizione in grado di incidere esclusivamente sulla competenza territoriale interna, non avendo alcuna portata estensiva sulla giurisdi-

È evidente come l'art. 7 della l. n. 218 del 1995 si ispiri a principi opposti a quelli accolti dall'art. 9 del r.d. n. 267 del 1942 ogni qual volta venga chiesta l'apertura, in Italia, di un procedimento nei confronti di un imprenditore già sottoposto a procedura concorsuale straniera. La legge fallimentare sancisce, infatti, la possibilità di aprire una procedura nello Stato anche successivamente alla declaratoria di fallimento intervenuta all'estero, contraddicendo il principio del rilievo della litispendenza internazionale previsto nell'art. 7 della legge di riforma del diritto internazionale privato (85).

Analogo problema si pone con riferimento alle decisioni concorsuali straniere, che risulterebbero automaticamente riconoscibili *ex* art. 64 della legge di riforma, in contrasto con le disposizioni contenute nell'art. 9, comma 2, della legge fallimentare. Se accesi dibattiti sono sorti sul valore da attribuire alle sentenze straniere d'apertura di un procedimento concorsuale nel vigore delle disposizioni codicistiche, questi si sono accentuati con l'entrata in vigore della legge di riforma (86). Fino ad oggi, quand'anche sia stata riconosciuta una declaratoria di fallimento si è generalmente ritenuto che solo una limitata parte degli effetti determinati dalla decisione straniera nello Stato d'origine si producessero anche in Italia. Ad esempio è comunemente ammesso che dopo la delibazione della decisione estera, il fallito si vede sottratta la disponibilità dei beni presenti in Italia e, correlativamente, il curatore straniero assume la capacità di ammini-

---

zione nazionale (sul punto cfr. MORELLI, *Diritto processuale*, cit., p. 146; GIULIANO, *La giurisdizione italiana*, cit., p. 145; DANELE, *Il fallimento*, cit., p. 68; CAMPEIS, DE PAULI, *La procedura civile*, cit., p. 619). Questo, almeno, valeva fino all'entrata in vigore della legge di riforma del diritto internazionale privato. Nell'ambito dell'art. 3, comma 2, della l. n. 218 del 1995 si precisa, infatti, che le norme sulla competenza interna si trasformano in norme sulla giurisdizione, per le materie escluse dall'ambito di applicazione della Convenzione di Bruxelles, tra le quali rientra il fallimento. Solo nel momento in cui si ritiene che la legge di riforma si occupi anche della materia fallimentare, l'art. 3 potrà trasformare i criteri di competenza previsti nel r.d. n. 267 del 1942 in criteri di giurisdizione, consentendo che l'art. 24 non limiti più la sua azione alle controversie che già appartengano alla conoscenza dei tribunali nazionali.

(85) SALERNO, *Legge di riforma*, cit., p. 10 ss.

(86) Il riconoscimento e gli effetti determinati dalle decisioni fallimentari straniere nell'ambito dell'ordinamento italiano sono analizzati da SALERNO, *Legge di riforma*, cit., p. 34 ss. ed *ivi* ampi riferimenti.

strarli e stare in giudizio per le liti collegate alla procedura d'insolvenza (87). Maggiori discordanze hanno, invece, riguardato il prodursi degli effetti tipici che discendono dall'apertura di una procedura soggetta al controllo delle autorità nazionali, quali il divieto di azioni esecutive individuali o l'esperibilità della revocatoria fallimentare (88). Nessun dubbio, invece, sul fatto che le autorità straniere deputate a gestire il procedimento non possono esercitare in Italia i poteri loro riconosciuti dallo Stato di apertura e sul fatto che alla delibazione della procedura straniera non segue l'apertura in Italia di una procedura secondaria e subordinata a quella pendente all'estero (89).

Ma occorre verificare se le conclusioni raggiunte in merito alla riconoscibilità (pur con effetti limitati) delle sentenze stra-

---

(87) Cfr. Cass., 12 dicembre 1966, n. 2895, in *Foro it*., 1967, I, c. 1831; Cass., 9 gennaio 1975, n. 42, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1975, p. 779; Cass., 17 aprile 1980, n. 2512, in *Il fall.*, 1980, I, p. 1479; Cass., 3 ottobre 1995, n. 10388, in *Il fall*., 1996, p. 250, in cui si afferma espressamente che « alle sentenze straniere dichiarative di fallimento, dato il loro carattere costitutivo ed esecutivo, è applicabile l'ordinario procedimento di delibazione previsto per il conferimento di efficacia in Italia alle sentenze di giudici stranieri, qualora manchi una Convenzione internazionale che ne disciplini il riconoscimento con criteri di semplicità e speditezza ». Sul punto cfr. GIULIANO, *Il fallimento*, cit., p. 237; FRANCHI, *Sulla delibazione di provvedimenti stranieri di apertura di fallimento*, in *Dir. fall*., 1964, p. 177; DANIELE, *Il fallimento*, cit., p. 118 ss.; CAMPEIS, DE PAULI, *La procedura civile*, cit., p. 628 ss.

(88) In senso contrario l'orientamento che risale a GIULIANO, *Il fallimento*, cit., p. 238 ss.; e voce *Fallimento*, cit., p. 249; sul punto cfr., AZZOLINA, *Il fallimento*, cit., p. 1785 ss.; TEDESCHI, *Commento agli artt. 1-22, Della dichiarazione di fallimento*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di SCIALOJA, BRANCA, Bologna, 1974, p. 287 ss.; SALERNO, *Legge di riforma*, cit., p. 34 ss. A favore della produzione anche di detti effetti nell'ambito dell'ordinamento italiano, a seguito della delibazione della decisione declaratoria straniera, cfr. MORELLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 308 ss.; DANIELE, *Il fallimento*, cit., p. 159 ss.

(89) La dottrina ha sottolineato come le limitazioni abbiano motivate ragioni: se dal riconoscimento di una sentenza straniera si facessero discendere tutti gli effetti da essa determinati nello Stato di origine, si limiterebbe la sovranità statale, in quanto il paese richiesto non sarebbe più in grado di controllare lo svolgimento della procedura concorsuale, la cui gestione verrebbe completamente affidata alle autorità straniere, chiamate ad applicare la propria legge nazionale. Se si prendono in considerazione gli interessi pubblicistici dello Stato e le aspettative dei creditori del fallito, si comprendono le remore che accompagnano l'attribuzione di effetti alle sentenze e, più in generale, alle procedure straniere (LUPONE, *L'insolvenza internazionale*, cit., p. 230 ss.; DORDI, *La Convenzione dell'Unione europea*, cit., p. 356).

niere dichiarative di fallimento siano condivisibili anche dopo l'entrata in vigore della legge di riforma del diritto internazionale privato, che abbandona il procedimento di delibazione a favore del riconoscimento automatico nell'ottica di una maggiore apertura e fiducia nei confronti dei sistemi processuali stranieri.

A fronte delle difficoltà di coordinare la disciplina contenuta nel r.d. n. 267 del 1942 e nella l. n. 218 del 1995, tre soluzioni sono state proposte, ossia (*i*) ritenere che la legge di riforma abbia determinato un'abrogazione implicita dell'art. 9, comma 2, della legge fallimentare (90), (*ii*) ritenere che la legge di riforma non interessi la materia fallimentare la quale, per gli aspetti processuali, continua ad essere regolata dal r.d. n. 267 del 1942 (91), (*iii*) tentare di effettuare una lettura congiunta delle differenti normative, proponendo un'interpretazione evolutiva del sistema fallimentare (92).

Le prime due soluzioni, semplici e lineari nell'applicazione e nelle conseguenze, non sembrano fornire risposte soddisfacenti alla complessa situazione attualmente esistente nell'ambito dell'ordinamento italiano.

Quanto alla prima impostazione, considerare « tacitamente abrogata per incompatibilità con la legge di riforma » la disposizione contenuta nell'art. 9, comma 2, ultima parte della legge fallimentare, significa impedire l'apertura di un procedimento concorsuale in Italia successivamente alla pendenza di analogo procedimento all'estero: questo per l'operare dei principi della litispendenza internazionale e del riconoscimento automatico delle decisioni straniere (93). Ma l'impostazione in esame non tiene conto delle specificità della materia fallimentare: la decisio-

---

(90) PROTO, *La riforma del sistema*, cit., p. 17 ss.

(91) CARBONE, *Il c.d. fallimento internazionale*, cit., p. 633 ss.; e *Una nuova ipotesi di disciplina italiana*, cit., p. 650. Del medesimo avviso DE PAULI, CAMPEIS, *Le operazioni del commercio*, cit., p. 270 ss.

(92) SALERNO, *Legge di riforma*, cit., p. 32 ss.; LUPONE, *La Convenzione comunitaria*, cit., p. 429 ss. e *L'insolvenza transnazionale*, cit., p. 235 ss. si esprimono a favore dell'applicabilità degli artt. 64 e ss. alle sentenze fallimentari BARIATTI, *Commento all'art. 64*, in *Commentario del nuovo diritto*, cit., p. 321; BOSCHIERO, *Appunti sulla riforma*, cit., p. 153.

(93) PROTO, *La riforma del sistema*, cit., p. 18 fonda il suo convincimento proprio sull'art. 7 e sugli artt. 64 e ss. della legge di riforma del diritto internazionale privato.

ne d'apertura di una procedura d'insolvenza « non conclude una vicenda controversa definendo un contenzioso privatistico ma dà l'avvio ad una procedura a valenza pubblicistica » (94). Da ciò discende che il riconoscimento di una decisione concorsuale straniera non può essere equiparato al riconoscimento di qualunque altra decisione a carattere cognitivo, resa in materia civile e commerciale. Tanto più che l'applicazione degli artt. 64 e 67 alla materia fallimentare comporterebbe l'accoglimento di un modello di universalità pura, rigettato nello stesso regolamento comunitario e secondo il quale il procedimento fallimentare aperto nell'ambito di un ordinamento straniero estende i suoi effetti anche in Italia, impedendo l'inizio di una procedura d'insolvenza nello Stato (anche a carattere territoriale).

Per contro, ritenere la l. n. 218 del 1995 ininfluente in materia fallimentare significa limitare la portata dell'avvenuta riforma della procedura civile internazionale: le disposizioni contenute nel r.d. n. 267 del 1942 non possono rimanere immutate, nella loro interpretazione, laddove siano trasposte dal sistema chiuso, delineato nel codice di procedura civile del '42, al sistema aperto, creato dalla l. n. 218 del 1995. Il diritto processuale civile internazionale non è, infatti, semplicemente mutato ma radicato su principi opposti rispetto a quelli che giustificavano le precedenti scelte ermeneutiche.

Sembra, dunque, maggiormente convincente la terza via, che nello sforzo di coordinare le norme contenute nel r.d. n. 267 del 1942 e nella l. n. 218 del 1995, ritiene applicabile anche alla materia fallimentare, tanto il meccanismo della litispendenza internazionale quanto il principio del riconoscimento automatico delle decisioni straniere, sia pure con opportuni adattamenti.

L'interpretazione comunemente seguita in ordine al significato da attribuire all'art. 9, comma 2, l. fall. era, infatti, imposta e giustificata alla luce dei principi che ispiravano la procedura civile internazionale nel vigore delle disposizioni codicistiche e caratterizzavano il sistema italiano nel senso di assoluta chiusura. Ma l'entrata in vigore della legge di riforma ed il cambiamento del quadro di riferimento determina l'esigenza di modificare l'interpretazione dell'art. 9 per rendere la disposizione armonica

(94) DE PAULI, CAMPEIS, *Le operazioni del commercio*, cit., p. 264.

con le linee ispiratrici della l. n. 218 del 1995. A ben vedere, infatti, dalla norma non si ricavano che due titoli di giurisdizione, in base ai quali il giudice italiano è competente a stabilire l'apertura di una procedura fallimentare qualora in Italia si trovi la sede principale dell'impresa, ovvero qualora in Italia si trovi una sede secondaria o risulti svolta un'attività commerciale. Nulla vieta di considerare il primo criterio (e cioè la sede principale dell'impresa) alla stregua di un titolo che consente l'apertura di una procedura principale, con effetti tendenzialmente universali, ed il secondo (cioè la sede secondaria) alla stregua di un titolo che consente l'apertura di una procedura diversa, di tipo secondario, a carattere subordinato rispetto al procedimento aperto nello Stato in cui è situata la sede principale.

In tale prospettiva, non c'è alcun bisogno di stabilire se sia la legge fallimentare a prevalere sulla legge di riforma o viceversa: le normative possono essere lette congiuntamente, laddove si ritenga che l'art. 9, comma 1, esprime un criterio di giurisdizione esclusiva per l'apertura di una procedura d'insolvenza a carattere principale, ossia la localizzazione in Italia della sede (principale) del debitore. Quanto al comma 2 dell'art. 9, che stabilisce la possibilità di avviare in Italia una procedura d'insolvenza, nonostante la previa apertura di analoga procedura all'estero, esso riguarderebbe esclusivamente le procedure secondarie, volte alla liquidazione del patrimonio locale (95). Una volta aperta la procedura principale all'estero, infatti, questa verrebbe automaticamente riconosciuta in Italia: e gli effetti determinati dalla sua pendenza andrebbero rintracciati nell'accertamento dello stato d'insolvenza oltreché nell'estensione del procedimento straniero ai beni presenti nello Stato, almeno fino a quando non venga aperta una procedura a carattere secondario.

L'impostazione in oggetto non appare così azzardata se si considera quanto avvenuto nell'ordinamento tedesco, in cui la giurisprudenza ha promosso un'interpretazione evolutiva delle norme fallimentari interne, in epoca precedente rispetto all'entrata in vigore dell'*Insolvenzordnung* (96). In particolare, nel

---

(95) LUPONE, *La Convenzione comunitaria*, cit., p. 429 ss.

(96) Il *Bundesgebristhof* ha concesso ad un curatore belga di agire contro un debitore tedesco di un soggetto dichiarato fallito all'estero, per recuperarne i beni localizzati in Germania: questo in base alla *lex fori concursus* (al curatore è

1985, la Suprema Corte tedesca, a fronte di una norma del tutto analoga a quella contenuta nell'art. 9 della legge italiana (§ 237.1 *Konkursordnung*) ha specificato che l'avvio nel foro di una procedura d'insolvenza, dopo l'apertura di analogo procedimento in un paese straniero, non è imposto da una regola di carattere generale ma rappresenta una previsione eccezionale. Essa, infatti, deroga il principio del riconoscimento delle decisioni straniere ed è destinata ad operare nei soli casi in cui si riveli necessario proteggere gli interessi dei creditori locali, non adeguatamente tutelati all'estero. L'apertura di un procedimento in Germania, fino ad allora identificata come la regola cui si ispirava la disciplina tedesca in materia di fallimento transfrontaliero, viene così relegata a ipotesi particolare, la cui applicazione è giustificata solo in presenza di circostanze eccezionali.

L'esperienza tedesca dimostra la possibilità di optare per un'interpretazione delle norme fallimentari che evolve alla luce dei mutamenti relativi ai principi generali di diritto processuale civile internazionale. Questo non significa che nell'ambito del-

---

stata riconosciuta la possibilità di esperire azioni in territorio tedesco in vece di una società belga fallita, che vantava un credito nei confronti di una società tedesca). La sentenza è pubblicata in *ZIP*, 1985, p. 944 ss. Sulla decisione v. HANISCH, *Die Wende im deutschen internationalen Insolvenzrecht*, in *ZIP*, 1985, p. 1233 ss.; LÜKE, *Zu neueren Entwicklungen im deutschen internationalen Konkursrecht*, in *KTS*, 1986, p. 1 ss.; FRANK, *Les effets internationaux de la faillite en droit allemand*, in *Revue droit affaires int*., 1989, p. 291 ss.; GRASSMAN, *Effets nationaux d'une procédure d'exécution collective étrangère (redressement ou liquidation judiciaires, faillite, concordat)*, in *Revue critique*, 1990, p. 421 ss.; LUPONE, *L'insolvenza transnazionale*, cit., p. 235 ss.; HABSCHEID, *Verso un diritto fallimentare europeo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1993, p. 1105 ss. Dopo di allora i provvedimenti stranieri di apertura di una procedura d'insolvenza sono stati ammessi ad esplicare i loro effetti in Germania subordinatamente, però, al rispetto di determinate condizioni. Il *Bundesgebristhof* ha, infatti, chiarito che era possibile riconoscere le procedure fallimentari straniere solo se aperte da autorità straniere munite della necessaria competenza e coerenti rispetto ai principi generali del sistema giuridico interno, in particolare, dell'ordinamento fallimentare. Ricorrendo dette condizioni, la procedura straniera acquistava carattere universale, potendo coinvolgere direttamente anche i beni del debitore presenti in Germania. Sulla scorta della riforma già attuata in giurisprudenza, il legislatore tedesco ha approvato nel 1995 l'*Insolvenzordnung* e l'*Einführungsgesetz zur Insolvenzordnung*, entrati in vigore il 1° gennaio 1999. La nuova disciplina dedicata alle procedure d'insolvenza, accanto alle profonde modifiche di diritto interno, contiene una disposizione dedicata al fallimento internazionale, ossia l'art. 102 della legge introduttiva.

l'ordinamento italiano i problemi relativi all'insolvenza transnazionale possano essere facilmente risolti tramite una nuova lettura delle norme contenute nel r.d. n. 267 del 1942, il cui contenuto viene ridefinito alla luce della riforma del diritto internazionale processuale. L'approvazione di una normativa interna dedicata all'insolvenza transfrontaliera, per le situazioni che non rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento, è opportuna per soddisfare le esigenze di certezza e chiarezza nella disciplina dei procedimenti concorsuali. Tanto più che tale disciplina potrà fornire un utile strumento per integrare il regolamento CE 1346/2000: al riguardo occorre, ad esempio, prevedere apposite norme sulla competenza territoriale in relazione all'apertura di procedimenti d'insolvenza, in special modo, a carattere secondario e territoriale. Secondo quanto espressamente previsto nell'ambito del regolamento comunitario, infatti, esso è destinato a regolare esclusivamente la « competenza internazionale », senza preoccuparsi di individuare lo specifico tribunale chiamato a disporre l'apertura dei procedimenti concorsuali; per rintracciarlo occorre fare riferimento alla *lex fori* dell'ordinamento, volta a volta, interessato (97). Ed analoghe regole di competenza interna sono necessarie al fine di individuare il giudice chiamato a pronunciarsi sul riconoscimento delle decisioni concorsuali straniere.

Ancora, a fronte della natura complessa che presentano le decisioni declaratorie di fallimento, non è agevole individuare quali, tra gli effetti prodotti nello Stato d'origine, si producano automaticamente in Italia *ex* art. 64 della l. n. 218 del 1994 e quali, invece, siano subordinati al procedimento di esecuzione disciplinato dall'art. 67 (98). Senza contare che non tutti i requisiti che condizionano il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni straniere sulla base della legge di riforma si attagliano alle sentenze fallimentari. In particolare, può comportare problemi la verifica del secondo e del terzo requisito previsti nell'art. 64, alle lett. *b*) e *c*), dal momento che non sempre il procedimento che conduce alla dichiarazione di fallimento viene introdotto con la citazione al convenuto e presuppone, dunque, l'accertamento della sua contumacia (99).

---

(97) Considerando n. 15 del regolamento comunitario.

(98) LUPONE, *La Convenzione comunitaria*, cit., p. 443.

(99) Questo non significa che sia possibile condurre a termine un procedi-

Al fine di risolvere i problemi di coordinamento tra disciplina speciale fallimentare e disciplina generale di diritto processuale civile internazionale, la soluzione migliore rimane quella di predisporre un'apposita normativa dedicata all'insolvenza transnazionale, capace di integrare la disciplina comunitaria e soddisfare le esigenze di certezza nella regolamentazione delle procedure concorsuali (100).

---

mento fallimentare senza rispettare il contraddittorio, ossia senza riconoscere al debitore i diritti essenziali della difesa (come chiarito dalla Corte costituzionale nella decisione del 16 luglio 1970, n. 141, in *Foro it.*, 1970, I, p. 2038 ss.). Cfr. DE PAULI, CAMPEIS, *Le operazioni del commercio*, cit., p. 268.

(100) CARBONE, *Una nuova ipotesi di disciplina italiana*, cit., p. 650 ss., analizza il progetto di disciplina elaborato nell'ambito della Commissione per la riforma del diritto commerciale, gruppo 8, sezione di diritto internazionale privato.

XX.

GLOBAL MOBILE PERSONAL COMMUNICATION BY SATELLITE: NATIONAL CONCERNS; INTERNATIONAL ANSWERS?

DI

CLAUDIA SARROCCO

Dottore in giurisprudenza, L.L.M.

TABLE OF CONTENTS. — 1. Introduction. — 2. International Space Law: Is There a Common Interest in Space Communication Activities? — 3. International Space Law (con't). Use and Appropriation: A Difficult Distinction. — 4. International Space Law (con't): A Global Regulator. — 5. International Telecommunications Regulation: Striking a Balance Between Efficiency and Equity. — 6. A New Entrant: the GMPCS. — 7. GMPCS Licensing Procedures: Co-ordination and Co-operation. — 8. Europe and the United States: National Concerns & National Answers. — 9. The U.S. and the Public Interest Standard. — 10. European Law. — 11. The Pan-European Telecom Market. — 12. National Concerns; International Answers?

1. One of the newest and most controversial satellite telecommunication systems is the GMPCS, or S-PCS (1), a system designed to provide mobile personal communication services simultaneously anywhere on the Earth's surface to users in possession of a hand-held receiving station (2).

Given the particular characteristics of satellite communications (3), GMPCS is subject to different levels of regulation in

---

(1) Satellite Personal Communications Services, the European name term for GMPCS.

(2) There is no clear definition of this system, elsewhere described as ''any satellite system (i.e. fixed or mobile broadband or narrowband, global or regional, geostationary or non-geostationary, existing or planned) providing telecommunication services directly to end users from constellation of satellites''. Par. I No. 6, *ITU Arrangements pursuant to the GMPCS MoU to facilitate the Introduction and Development of Global Mobile Telecommunications by Satellite* (Geneva: ITU, 1998). See also D. SAGAR, *Mobile Satellite Comunications: Challenging the Regulatory Barriers* (1997) 25:2 *J.Sp.L.* 150 at 154.

(3) See C. FORRESTER, *LEOs, MEOs and GEOs, Will They All Fly*? (1997) 12:10 *Via Satellite* 18 at 28; S. LE GOUEFF, *Licensing Global Mobile Personal Communications by Satellite: The Quest for the Holy Grail?* (1997) XXII:I *Annals of Air & Sp.L.* at 420. See also M.F. DAVIES & R. JAKHU, *Global Personal Communications Satellite Systems - The International Regulatory Revolution*, Paper presented at the 49th International Astronautical Congress, 1998, Melbourne; *The Evolution of Space Activities and European International Law* (1984) *CRASL* 13 at 22; R. JAKHU, *Some Important Elements of the Geostationary Orbit* (D. Jur. Thesis, McGill University 1983) [unpublished] at 4.

comparison with other forms of telecommunication. First, as activities performed in outer space, GMPCS are governed by space law, in particular by the Outer Space Treaty (4). Additionally, satellite communications are subject to more specific regulations. Some of these regulations are international, such as the Radio Regulations established by the International Telecommunication Union and the recent agreement on the liberalisation of telecommunications services within the framework of the World Trade Organisation (5). Other regulations are imposed at a national level by national authorities to govern domestic communication services, and to establish rules for the authorisation and control of private activities as required by the Outer Space Treaty (6).

The implementation of global mobile satellite telecommunications systems raises several regulatory concerns with which both national regulators and the wider international community are attempting to deal. First, the need for radio spectrum resources requires the implementation of rules governing spectrum management, in order to minimise harmful interferences and to maximise efficient use of a limited resource. Since satellites operate in outer space, and hence their operation surpasses national boundaries, the suppression of communications interference between telecommunications satellites is pursued at the international level, by the International Telecommunication Union.

More generally, the application of international space law regulations and principles is controversial. When implemented at the national level, the often open-textured international law is interpreted in a variety of ways, leading to a non-uniform application of the international rules, with each state's particular per-

---

(4) *Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and other Celestial Bodies* [hereinafter Outer Space Treaty or OST], UNGA Res. 2222 (XXI), 19 December 1966. Entered into force 10 October 1967; 6 ILM 386, 18 UST 2410, TIAS 6347, 610 UNTS 205.

(5) World Trade Organisation (WTO), *Fourth Protocol to the General Agreement on Trade in Services of 15 April 1994*, Geneva, 15 April 1997; and WTO Negotiating Group on Basic Telecommunications *Reference Paper on Regulatory Principles*, 24 April 1996, online: http://docsonline.wto.org.

(6) Outer Space Treaty, art. VI.

mutation of the rules depending upon its interests and its political and economic situation.

Relevant issues include the amount of control that national authorities can exert over the now privately-owned telecommunications companies, and the threat to national sovereignty and security that is posed by the extension of the sphere of operation of telecommunications systems beyond national boundaries. Additionally, less developed countries are concerned about the economic consequences of the provision of such services in their territory, and by the real benefits they could derive. Global satellite communications are certainly suitable for the provision of an instantaneous network for less-served territories, but the cost is often prohibitive for such countries.

States have sovereignty over their telecommunications and hence the right to regulate them (7), and it is through authorisation procedures that countries seek to deal with the above-mentioned issues. The key elements of the communications regime are often found in licensing conditions: through control over the granting of licenses national authorities can exercise control over telecommunication development. The influence of the licensing regime on global mobile telecommunication systems is enormous, given that such systems need to be licensed in every country in which they will be provided and that they aspire to worldwide operation. Notwithstanding the global effort to reach a harmonisation of the framework in which these services will operate, the licensing systems in several states are still overly complex and rigid, and fail to take adequate account of the growing internationalisation of the services. Operators are increasingly demanding transparent and consistent regulation to support their implementation of global mobile satellite services.

The aim of this paper is to address the legal aspects of the implementation of those systems, and possible improvements to regulation and policies at the national and the international level in order to identify issues that need to be considered in the creation of a suitable legal framework for the development of international satellite communications in harmony with the principles of international law.

---

(7) *ITU Constitution*, Kyoto 1994, art. 44(2); ITU, *Final Acts of the Plenipotentiary Conference (Kyoto)* [hereinafter ITU Constitution], Preamble.

2. The terms privatisation (8) and commercialisation (9) do not appear in any of the articles of the Outer Space Treaty (10), which was also silent on telecommunications activities, although they have been treated since the beginning as an important area of the emergent space technologies (11). These activities create obstacles to the application of space law principles.

Telecommunication activities have very quickly become one of the major items on the government agendas, initially almost the only players in the field. The UN Declarations and Resolutions preceding the OST mentioned the importance of communication by means of satellite, and affirmed that these services should be available ''on a global and non discriminatory basis'' (12). Furthermore, the words ''benefit of mankind'' appeared in relation to satellite communications in the 1962 Resolution on Space (13).

Even though no specific reference is made to telecommunications or to commercial activities in the treaties, in article I § 1 of the OST it is possible to find general statements that affirm that outer space shall be explored and used ''for the benefit and

---

(8) ''Privatization: generally the transfer to the private sector of responsibility for providing ongoing, necessary services or functions currently being provided by the Government for itself and others through inhouse labour and property resources. When the Govemment transfers to the private sector the responsibility for services or functions performed by the Government for the sole benefits of the Government, the transfer is referred to contracting out, a subset of privatization'', E. GALLOWAY, quoted by S. OSPINA *The Privatisation of the ''Province of Mankind''. Time to Reassess Basic Principles of Space Law* (1997) 40 *Proceedings of the Colloquium on the Law of Outer Space* at 95, note 7.

(9) ''Commercialisation: the employment of the private sector financial and other resources to provide goods and services which can meet Government requirements as well as those of a substantial number of the other customers. Because the Govemment is neither the sole nor the predominant customer, it neither dictates specific design or operational parameters, nor bears more than its proportionate share of development or overhead costs'', E. GALLOWAY, *supra* note 8.

(10) See *supra* note 6.

(11) F. LYALL, *Telecommunications and the Outer Space Treaty* (1998) 41 *Proceedings of the Colloquium on the Law of Outer Space* 385.

(12) *International Cooperation in the Peaceful Uses of Outer Space*, UNGA Res. 1721 (XVI) Part D, 1961.

(13) *International Cooperation in the Peaceful Uses of Outer Space*, UNGA Res. 1802 (XVII), 1963.

in the interests of all countries'' and ''shall be province of all mankind'', thus implying that outer space is within the domain and the jurisdiction of all humankind as opposed to any individual or group of states. Even though the exact content and the legal value of those concepts embodying the ''common interest'' principle are not defined by the Treaty, this rule entails that the activities in space carried out by states must be in some way beneficial to humankind. It does not mean that those activities have to be exclusively beneficial to all countries, but rather that the benefits must be distributed equitably (14). Professor Mateesco Matte argues that there is a basic obligation on space-faring states to provide some method of distributing the benefits derived from such activities (15). For the moment there is no definition of such a method, and the mere affirmation that GMPCS are of use for less developed countries is insufficient to satisfy an obligation of equitable distribution (16).

Some authors equate the provisions of article I to the international maritime law principle of common heritage of mankind (CHM) (17). The elements of the CHM principle are indeed similar to the concepts expressed in the Outer Space Treaty: the benefit of mankind, the protection of the environment, peaceful utilization, equitable sharing, etc. (18). This principle applies to an area outside the national jurisdiction, such as the ocean

---

(14) Prof. Wassemberg maintains that, to find the common interest, states have to weight their interests against each other, to measure their value and to try to reach the perfect balance between interests. H.A. WASSEMBERG, *Principles of Outer Space Law in Hindsight* (Dordrecht & al: Martinus Nijhoff, 1991).

(15) N. MATEESCO MATTE, *Droit Aérospatial* (Ed. Pedone: Paris, 1969).

(16) Cfr. M. BOURÉLY, *Mobile-satellite telecommunications* in G. LAFFERRANDERIE & D. CROWTHER, eds. *Outlook on Space Law Over the Next 30 Years* (The Hague: Kluwer Law International, 1997).

(17) See, for example, S. HOBE, *Common Heritage of Mankind - An Outdated Concept in International Space Law?* (1998) 41 *Proceedings of the Colloquium on the Law of Outer Space* at 271-272. See also the *Agreement Governing the Activities of States on the Moon and other Celestial Bodies* (Moon Treaty), in which the international legislator tried to regulate more precisely the activities of exploitation of space resources. Here the expression ''common heritage of mankind'' appears in relation to the Moon and other celestial bodies. However, this treaty has been ratified by only a few countries: for this reason, while embodying an important innovation in the law of outer space, its legal effects are limited. Moon Treaty, http://www.oosa.unvienna.org/SpaceLaw/moontxt.htm.

(18) See S. HOBE, *Aspects of the current development of the common herita-*

seabed and the subsoil thereof. In addition the high seas and outer space have much in common: both are outside the jurisdiction of States, and are not subject to national sovereignty and free for use and exploration. For this reason some connections will be made to the law of the sea.

Article 136, part XI, Law of the Sea Convention of 1982 (19), states that: ''the Area and its resources are common heritage of mankind''. As a result, these resources cannot be owned by a single country but must be protected by mankind and subjected to some kind of international administration (20). The common heritage concept, as explained by several commentators (21), consists of a *res communis omnium* nature; the need for environmental protection and conservation of these resources; and an economic element, the need ''to achieve an equitable allocation of resources and benefits'' (22).

---

ge of mankind concept (1997), *Proceedings of the 7th ECSL Summer Course on Space Law and Policy* 93 at 97.

(19) *UN Convention on the Law of the Sea*, opened for signature 10 December 1982, U.N. Doc. A/CONF.62/122 (1982) [hereinafter referred to as the LOS Convention], online: http://www.un.org/Depts/los/unclos/closindx.htm.

(20) *Cfr.* S. HOBE, *supra*, note 17; P.M. STERNS and L.I. TENNEN, *Institutional Approaches to Managing Space Resources* (1999) 42 *Proceedings of the Colloquium on the Law of Outer Space*; F. LYALL, *supra* note 11.

(21) S. HOBE, *supra* note 17; P.P.C. HAANAPPEL, *Comparisons between the law of the sea and outer space law: expolarion and exploitation* (1985) 28 *Proceedings of the Colloquium on the Law of Outer space* at 146; C.Q. CHRISTOL, *The Common Heritage of Mankind Provision in the 1979 Agreement Governing the Activities of States on the Moon and Other Celestial Bodies*, Report submitted to the CASL (McGill University: Montreal, 1980).

(22) P.P.C. HAANAPPEL, *supra*, note 21 at 146. This last element is the most controversial part of the definition, and has been implemented by the UNCLOS in a rather inflexible way. It has been transformed in very demanding conditions into a requirement for authorization to exploit sea-bed resources, without taking market forces into consideration (art. 137 and 140, UNCLOS). The more developed countries considered these provisions to limit excessively their economic freedom, and deemed the UNCLOS unacceptable. It was revised with the adoption, in 1994, of the ''Agreement Relating to the Implementation of Part XI of the UN Convention on the Law of the Sea'' (G.A. Res. 48/263, July 28, 1994), which considerably modified the application of Part XI of the Convention. The Agreement transformed the approach taken, especially in regard to the 'economic element' of the common heritage of mankind principle: it abandoned rigid economic management of the seabed resources, the participants agreeing instead on a moderate approach, which takes into consideration the need for cooperation between the de-

The issues discussed above are not just relevant to the law of the sea. The similarities between high seas and outer space are numerous, and an examination of the CHM concept will perhaps help to guide our approach to activities in space, especially in relation to the commercial exploitation of orbits and frequencies for telecommunication purposes, such as the GMPCS.

The idea that some areas cannot be 'owned' by a single state leads to the imperative that all States protect these areas and administer their use through an international organisation. This happened in the case of the international seabed and subsoil, with the institution of the Authority. In the space law field the so-called "space benefits" have been subject to discussion in the UNCOPUOS Legal Sub-Committee since 1988. The committee has been looking for a way to implement the common heritage idea in the use of outer space (23). However, in the space field there is not yet a global authority, and there is not likely to be one in the near future: outer space and its resources have long been a key policy issue for the major actors in the international scene, and their freedom of action has long been accepted since by the international community (24).

The freedom of use principle, however, is not absolute. Firstly, it has to be read in connection with the common interest principle, as expressed in the first paragraph of art. I OST (25): States have to be free to use space in order to have the opportunity of doing so for the benefit, and in the interests, of all coun-

---

veloped and developing countries, although giving to the industrialised nations influence commensurate with their interests.

(23) See e.g. M. BENKÖ & K.-U. SCHROGL, *History and impact of the 1996 UN Declaration on 'Space Benefits'* (1997) 13:2 *Space Policy* 139.

(24) Even by the developing countries, who by claiming their property rights on the geostationary orbit, affirmed that this orbit was not part of outer space. See Bogotà Declaration, 1976.

(25) Art. I § 1 OST. This principle was first enunciated in the UNGA Resolutions No. 1721, XVI of 1961 and No. 1962, XVII of 1963, and then incorporated into the Treaty. It is considered part of customary international law binding upon all States weather signatories to the Treaty or not. See R. JAKHU, *Acquisition and Retention of Property Rights in Outer Space*, in *Casebook of Space Law Applications* (McGill University: Montreal, 1999/2000) at 283; and R. JAKHU, *International Regulation of Satellite Telecommunications*, in *Casebook of Space Law Applications* (McGill University: Montreal, 1999/2000) at 83.

tries. Additionally, it is subject to the limitations stated in the same article: the free exploration and use must be exercised without discrimination of any kind, on an egalitarian basis and in accordance with international law (26), and this use must take into account the common interest of all countries and the duty to co-operate with other states (27).

The prohibition of discrimination, read together with the first paragraph, implies that the freedom of countries late to space use must not be circumscribed by the 'first comers', i.e. the states that have already placed their satellites in orbit. The concept of equality does not, of course, refer to equality in fact, since states are not equal (28), but rather refers to equality in law, or 'sovereign equality', which guarantees the protection of the rights of all countries. Finally, the 'respect of international law' rule, repeated also in article III, establishes the superiority of law over freedom of action.

One may conclude that in the exercise of their freedom, States must not act completely at their own discretion pursuant exclusively to their own interest. They are free only to the extent to which their actions do not conflict with the rights of other States. In more general international law the rule of 'respect for the rights of the others' has been recognised on several occasions, together with the rule of 'abuse of rights', whereby freedom of use shall not include misuse (29).

This rule raises concerns about the use of orbits by the GMPCS: such orbit use is part of the exercise of the freedom of use, but with the growing demand, coupled with the scarcity of these resources, the use by some impairs the corresponding rights of use of others, and therefore infringes the Treaty.

3. Another complex issue regarding GMPCS and, in general, the use of outer space, regards the respect of the principle

---

(26) See R. JAKHU, *Acquisition and Retention of Property Rights in Outer Space, ibid.* at 285. See also I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law* (Oxford: Clarendon Press, 1998) at 446 ff.

(27) Art. III OST.

(28) Equality of rights is different from equality of access. The extent of the access to space is determined by equity, fairness and justice, taking into account population, territory surface, etc. See for example the allotment of radio frequencies by the ITU with the *a priori* planning.

(29) I. BROWNLIE, *supra* note 26.

of non-appropriation, as established in art. II of the OST. Since outer space is devoted to the common interest of all mankind, it may not be appropriated in order to exclusively serve particular interests; any form of appropriation will be incompatible with the principles expressed in article I (30). Moreover, states are prohibited from restricting the use of outer space by other States, irrespective of the nature of the means employed (31).

The provision of telecommunications services requires the use of geostationary or non-geostationary orbits and associated radio frequencies. A single portion of orbit/spectrum is obviously unusable while it is being occupied by another country. Thus the question arises as to whenever any use, is merely 'use' as permitted by the treaty, or whether it is a forbidden 'appropriation by use'. Appropriation by use means the establishment of an exclusive right over a segment or part of a celestial body. In the light of this interpretation, and taking into consideration the principles expressed in article I, the use of space should be allowed if it does not actually exclude others from use. The use of orbit/frequency resources for telecommunications purposes, therefore, should not be considered an unlawful appropriation, as long as it is limited in time (32).

It is not clear if the assignment of the orbital positions and

---

(30) See also REHM, *Das Aneignungsverbot (The prohibition on appropriation)*, in K.H. BÖCKSTIEGEL, *Handbuch des Weltraumrechts*, (Köln: 1991) at 103. The prohibition of appropriation is seen by the author as necessarily linked to the freedom of use principle.

(31) On whether the extension of the prohibition of 'appropriation' includes only national appropriation, or also includes appropriation by individuals, see S. GOROVE, *Studies in Space Law: Its Challenges and Prospects* (Leiden: 1977); see also S. GOROVE, *Interpreting Article II of the Outer Space Treaty* (1969) 37 *Fordham Law Rev.* 349 at 351; R. JAKHU *The principle of non-appropriation of outer space and the geostationary satellites* (1983) 26 *Proceedings of the Colloquium on the Law of Outer Space* 21.

(32) Controversy surrounds the assignment of the orbital position and the frequency by the ITU: see ITU, *Resolution 4 (rev, orb-88)*, World Administrative Radio Conference on the Use of the Geostationary Satellite Orbit and the Planning of Space Services Utilizing It, 1988, art. 1.1. *C.Q. CHRISTOL, National claims for the using/sharing of the orbit/spectrum resource*, (1982) 25 *Proceedings of the Colloquium on the Law of Outer Space*, at 301; also H.L. VAN TRAA-ENGELMAN, *Commercial Utilization of Outer Space - Law and Practice*, (Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff, 1993), p. 95-96 & 280; M. COUSTON, *Droit spatial économique*, (Pedone: Paris, 1995), p. 22; P. MEREDITH & G.S. ROBINSON, *Space*

the corresponding frequencies by the ITU complies with this principle: the resources are assigned for a period of time limited to that for which the network was designed and a renewal is considered possible only if the system maintains the same technical characteristics (33). However, given that the use of satellite frequencies in outer space by entities under the jurisdiction of one state may prevent other entities under the jurisdiction of other states from using the same frequencies for a long period of time, it is far from clear that this procedure conforms with article II and does not constitute 'appropriation by use' (34).

The rights of States to explore and use outer space are limited by the analogous rights of other States, and are governed by their international responsibilities. In space law the responsibility regime is established in art. VI OST:

> *"States Parties to the Treaty shall bear international responsibility for national activities in outer space [...] and for assuring that national activities are carried out in conformity with the provisions set forth in the present Treaty [...]. The activities of non-governmental entities in outer space, [...], shall require authorisation and continuing supervision by the appropriate State Party to the Treaty".*

Under those provisions, the state concerned has to comply with the Treaty in the execution of its space activities, it has to assure that non-governmental national space activities comply with the treaty, and it must subject such activities to authorisation and control. This last obligation is particularly important for satellite telecommunications, a service today provided almost completely by private entities. Consequently, all LEO systems require national authorisation and are under the control of the appropriate State (35). Normally, States are not responsible at the international level for the acts of their private citizens. However in the

---

Law: A Case Study for the Practitioner, (Dordrecht & al.: Martinus Nijhoff; 1992), p. 39.

(33) Cfr. R. JAKHU, *International Regulatinn of Satellite Telecomunications*, in H. TATSUZAWA, *Legal Aspects Commercialisation* (1992) 78 at 90.

(34) See M. ROTHBLATT, *Lex Americana: The New International Legal Regime for Low Earth Orbit Satellite Communication Systems* (1955) 23:2 *Journal of Space Law* 123 at 125, 133-134.

(35) On the definition of appropriate State see B. CHENG, *Article VI of the Outer Space Treaty Revisited* (1998) 26: *1 J. Sp.L.* 7 at 26.

space treaty the state of nationality bears international responsibility for any activity in outer space, no matter who conducts it (36).

4. There are several questions arising from the application of the Outer Space Treaty to satellite telecommunications. The countries currently using outer space for communication purposes, directly or through entities under their jurisdiction, allege that they are respecting the treaty, providing a service useful to mankind, and using space without any intention of appropriation and respecting the rules on authorisation and control (37). Nevertheless, some authors argue that satellite telecommunication activities are not being performed in full accordance with the Treaty, and that the Treaty is applied by States according to their own interpretation and interests (38).

The general character of the Treaty's dispositions requires an integration of these rules by other international bodies, such as the ITU, and by the national legislator. Because of this multiplicity of sources, the development of rules is often fragmentary and disharmonious. The consequence is a lack of an internationally uniform legal framework for private activities in space. It is in this context that satellite telecommunications have been developing in recent years. The countries concerned have had to create regulations to control the action of private entities. In this spirit, the U.S. established a regime to authorise and control the private entities carrying out telecommunications in space. Such regulation, however, does not affect only the U.S., but impacts upon the rest of the world, both developing and developed countries (39).

---

(36) There are also other examples of treaties in which the State parties have the obligation to control the activities of the subjects under their jurisdiction, as in environmental law or the laws on fishery and animal protection. In those cases, however, the State is responsible for the activities of its nationals only in case it omits to control.

(37) I.e. conforming to arts. I, II, VI and VIII OST.

(38) See, for example, F. LYALL, *Telecommunications and the Outer Space Treaty*, *supra* note 11 and R. JAKHU, *Acquisition and Retention of Property Rights in Outer space*, *supra* note 25.

(39) The European Union affirmed that the U.S. should not implement a regulatory regime without the participation of other countries.

Quite apart from the problem of the frequency spectrum, the massive use by the United States of the available orbits (40) is in conflict with the non-appropriation principle, as read together with the principle of interest of all humankind. This is because the limitation on time established for the licenses (41) is based on the U.S.'s internal criteria (such as the public interest), and certainly not on the preservation of the freedom of outer space and on cooperation with other countries (42). In addition, the 'benefit and interests' of humankind principle may imply something more than the extension of the service to developing areas, whose inhabitants cannot afford the cost of the service (43). Developing states will gain an instantaneous infrastructure, but this will be owned by foreigners and thus outside the control of the interested country. These issues relating to global mobile satellite systems have formerly been discussed in relation to the exploitation of the geostationary orbit. Today criticisms on the use of low orbits are coming not only from developing countries, but also from more industrialised regions such as Europe.

For this reason, perhaps it is the right time to set up a global regulator. Such a body would be able to create a regulatory framework for telecommunications and other space activities taking into account the rights of every nation and the economic motivations of the 'first comers'. This would establish a regulatory structure for private activities, filling the current legislative vacuum, which will otherwise be filled by single governments but with effects on the international community.

In conclusion, although some countries have invested heavily in outer space and are making effective use of the resources they find there, the potential that this has for depriving other slower nations from benefiting from this world-changing resource means that checks must be placed upon their activities

---

(40) The new satellite constellations are composed of dozens of satellites.

(41) 10 years, cf. M. ROTHBLATT, *Lex Americanaa* note 34 at 134.

(42) See *infra* § 9.

(43) ITU World Telecommunications Policy Forum, Geneva, 21-23 October 1996, Opinion N. 5; M. NOGUEIRA, *The Benefits of Low-Earth Orbiting Satellite Technology for the International Community: Can the Potential be Realised?* (1998) 5 *Ind. J. Global Leg. Stud.* 739.

before it is too late (44). An authoritative and equitable system of regulation is urgently needed.

5. In addition to State obligations under the OST, States must take into account the obligations relating more specifically to international telecommunications.

GMPCS systems are designed to provide instant global coverage for communication services. Therefore, to provide the service, they need to deploy the same frequency band on a global basis. To achieve this objective an internationally coordinate approach to the use of radio frequencies is essential.

The International Telecommunication Union is the specialised agency of the United Nations (UN) responsible for the coordination and regulation of international telecommunications. The ITU has been defined as an agency in ''operational space law'' (45) for its importance in satellite communications. The rules in which this organisation operates are more physical than legal (46). Only technical compatibility of the equipment and coordination in the use of the radio spectrum make international telecommunications possible. Any failure in international coordination will lead to harmful interferences and impede the service.

The basic principles on which the ITU founds its activities are the allocation of certain frequencies to certain services (the task) and the use of such frequencies in the most efficient way (the governing principle). To this end article 44 of the ITU Constitution, stipulates that:

''In using frequency bands for radio services, Member States shall bear in mind that radio frequencies and any associated orbits, including the geostationary-satellite orbit, are limited natural resources and that they must be used rationally, efficiently and economically, in conformity with the Radio Regulations, so that countries or groups of countries may have equitable access to both, taking

---

(44) S. Ospina, *The Privatisation of the Province of Mankind. Time to Reassess Basic Principles of Space Law?* (1997) 40 *Proceedings of the Colloquium on the Law of Outer Space* 89 at 91.

(45) F. Lyall, *The International Telecommunication Union: A World Communication Commission?* (1994) 37 *Proceedings of the Colloquium on the Law of Outer Space* at 42.

(46) *Ibid.*

into account the special needs of the developing countries and the geographical situation of particular countries. (47)

This article has recently been modified to include orbits different from GSO in the definition of ''limited natural resources'': those resources that have to be used in an efficient and effective way to avoid any waste. To achieve the objective stated in the above-mentioned article, the ITU co-ordinates the use of frequencies to avoid harmful interferences, thus guaranteeing an efficient use of the resource.

Until the Eighties frequency allocation was based on a 'first-come first-served' procedure, by which the spectrum was allocated to a service and then assigned to the first country notifying its use to the Radiocommunication Bureau and obtaining the registration of the same frequency on the Master International Frequency Register (Master Register). The claims of the developing countries, however, led to the approval of a partial plan of allotments of frequency bands and orbital positions, to allow all countries equal access. The first plan was approved during the 1977 World Administrative Radio Conference. It was fairly rigid and dealt with broadcast satellite services only.

Subsequently, in the WARC-ORB held between 1985 and 1988 (48), fixed satellite services (FSS) were included in the plans, and the plan was made less rigid. Three mechanisms for the regulation of the use of orbits were introduced: allotment plans, for frequencies not commonly used; improved procedures, for the coordination of more busy frequencies (a sort of compromise between planning and freedom of assignation); and finally some bands were not allotted, thus remaining based on the old 'first come first served' rule (49). The allotment procedures constitute the so-called *a priori* planning: the assignment of frequency bands and orbital positions to a country before they are needed.

---

(47) ITU Constitution, art. 44. Collection of the Basic Legal Texts of the International Telecommunication Union Adopted by the Plenipotentiary Conference; Edition 1999 (Geneva: ITU, 2000).

(48) ITU, *World Administrative Radio Conference on the Use of Geostationary Satellite Orbit and the Planning of the Space Services Utilizing It* (WARC-ORB-85), Geneva, 8 August 1985.

(49) About the ITU procedures see R JAKHU, *International Regulation of Satellite Telecommunications*, *supra* note 33.

There are different opinions on the necessity for such allotment. Some authors maintain that the *a priori* planning has the advantage of distributing in an equitable way the space resources, while others criticise the same because it goes against the freedom of outer space. Additionally the allotment procedure is considered to be too rigid to cope efficiently with the changing environment of satellite telecommunications, thus impeding the rational and economical use of the space resources.

The allotment is certainly less flexible than the 'first come first served' rule. However, the allotment realised in the 1985/88 WARC-ORB demonstrated that less stringent rules could be established. Moreover, in order to successfully conduct satellite telecommunications, international agreement and cooperation are necessary. The use of the *a priori* planning could answer some of the concerns that arise over GMPCS, such as the problem of assignment of the whole capacity of a certain band to a few 'first-comers', as happened with the assignment to the U.S. The Union could introduce 'improved procedures' as a further step in the coordination process: the RRB (50), besides the consideration of the already implemented (notified) systems to avoid harmful interferences, could also take into account the future exigencies of other countries. Such other states and their companies (the late-comers) could have an option to use the particular frequencies after the applicant country has used the assignment for a given period of time. This would allow those countries with the necessary technological means to develop their systems, but would leave the other countries with a chance of accessing the resources when they are ready and able to do so.

Just like the implementation of a new authority to regulate space telecommunications, the creation of new rules has to consider market forces, i.e. to give industrialised countries the influence commensurate to their interests, while improving the cooperation between them and the developing countries.

6. The ITU allocated frequencies for the GMPCS for the first time during the World Administrative Radio Conference in

(50) The ITU Radio Regulation Board.

1992 (hereinafter WARC-92), which was the first conference at which an agreement was reached concerning frequency allocations and the co-ordination procedure for non-GSO systems operating on a global basis. Two Resolutions were issued, numbers 46 and 70, the first of which deals with the procedure of co-ordination of systems in Low Earth Orbit (51), the second recognising the frequency spectrum as a finite natural resource. The allocation made during WARC-92 was later improved during WRC-95, where additional spectrum was allocated for 'feeder links' and, in addition, ''the non-GSO services were lifted from the status of secondary service in front of GSO services to a position of equal rights of GSO and non-GSO systems for the MSS bands and other particular bands'' (52).

However, the allocation was too small for the demands of today's services. Indeed, the advanced publication made by the US, asking for frequencies for five systems (HIBLEO), would alone cover the most suitable and rapidly available ranges (53). Moreover the new services are frequently asked to share the same frequencies (54), which intensifies problems of co-ordination (55).

---

(51) Thus implying that the low earth orbit systems are also subject to the ITU coordination procedure. Some doubts were raised because in the ITU Constitution and Convention, until 1998, the objects of the regulation were the geostationary orbit and the frequencies, not the other orbits.

(52) S. LE GOUEFF, *supra* note 3 at 269. In fact art. S22 Section II of the ITU Radio Regulations (Space Control of Interference to Geostationary-Satellite Systems) provides that: ''Non-geostationary-satellite systems shall not cause unacceptable interference to geostationary-satellite systems in the fixed-satellite service and the broadcasting-satellite service operating in accordance with these Regulations''. In those services the LEO systems can be allocated on a co-primary basis, but they shall avoid any interference with these GSO services. See also F. LYALL, *Developments in International Telecommunications* (1998) 41 *Proceedings of the Colloquium on the Law of Outer Space* 170 at 178; and S. METHEEKUL, *GMPCS Regulation in the U.S. and Thailand* (LL.M. Thesis, McGill, 1997).

(53) The FCC 'advance published' with the ITU a generic spectrum requirement to accommodate five U.S.-licensed GMPCS systems, which will occupy the whole of the 1610-1626.5 MHz allocation (''L-band'') and the whole of the 2483.5-2500 MHz allocation (''S-band''). Similarly the UK administration advance published on behalf of INMARSAT for the 1980-2010 MHz and 2170-2200 MHz bands. These ranges of frequencies are the most sought after by national administrations because current technology allows low frequencies to be more compatible with cellular systems than high frequencies.

(54) Art. S5, *Radio Regulations*, as amended at WRC 97.

(55) R. M. MOORE, *Business-Driven Negotiations for Satellite System Co-or-*

Once allocated and assigned by the ITU the frequencies will be subject to a process of national assignment, performed by the interested country, taking the form of a licensing procedure (56). Being the GMPCS systems composed of two segments, the Earth segment and the space segment, the national authorities will issue two different licenses. The space segment licensing involves the approval of the proposed technical characteristics, orbital characteristics and mode of operation of the satellite; the permission to construct and launch the satellites; and the frequency assignment for downlinks, uplinks and, where applicable, inter-satellite links.

Through space segment licensing the national government (home country) undertakes responsibility (art. VI OST) towards other countries for the operation of the satellite within the terms of the license. This gives rise to a series of reciprocal rights and obligations under international law (and practice), such as the co-ordination and registration process established by the ITU Radio Regulations, which operates to prevent harmful radio interference through co-ordination with the governments of countries where other spectrum users may be affected.

The procedure described above was designed to co-ordinate the implementation of GEO systems, but the GMPCS raises serious co-ordination issues. First, we must note that the small allocation available for these services raises questions regarding the rights of the ''non- first movers'' concerned that the spectrum may be occupied permanently by a small number of administrations, or even by a few corporations. Secondly, even if the space segment license is a responsibility of the national authority of one country, because of the technical characteristics and the world-wide extension of the service provided by a single operator, the national license will amount to a *de facto* global orbit/spectrum plan for certain frequency bands, thus blocking

---

dination: Reforming the International Telecomunication Union to Increase Commercially Oriented Negotiations Over Scarce Frequency Spectrum (1999) 65 *J. Air L. & Com.* 51.

(56) A telecommunications license authorises an entity to provide telecommunications services or operate telecommunications facilities. Licenses also generally define the terms and conditions of such authorisation, and describe the major rights and obligations of a telecommunications operator. See H. INTVEN, ed., *Telecommunications Regulation Handbook* (World Bank: Washington, 2000), at 2-1.

these frequencies on a world-wide basis and accordingly preventing other systems from their use (57). Hence, ostensibly, national decisions have serious international repercussions (58).

The first point concerns the duration in time of the rights deriving from the assignment. Even though, for common sense reasons, operators are in practice granted the right to replace existing satellites in both the *RRs* and in national regulations, no right is explicitly granted to the provider to launch satellites in replacement (unless with similar technical characteristics to the original one). That the right to launch replacement satellites is not automatic proves to be important in the case of the LEO satellites. With LEO satellites, the need for frequent (and, to some extent, unpredictable) replacement is well known (59).

---

(57) The European Commission in a diplomatic note to the US State Department of State, Washington D.C., I June 1994, argued that: "In view of the global nature of the satellite personal communications services proposed, the European Commission considers that it would be inappropriate for the FCC to proceed to license GMPCS operators prior to an international agreement as to the principal conditions of operational service". As cited by M. TYLER, *Briefing Report: The Changing Role of Government in an Era of Telecom Deregulation: Global Mobile Communications Systems (GMPCS)* (Geneva: ITU, 1994). The FCC, answering to the European Union, said that they do not need to delay the domestic licensing proceeding until international agreements are finalised, because the United States have the right, under the established ITU procedures, to move forward with the licensing systems necessary to satisfy domestic demand for new communication services: *In Re Amendments of the Commission's Rules to Establish Rules and Policies Pertaining to a Mobile Satellite Service in the 1610-1626.5/2483.5-2500 MHz Frequency Bands*, 9FCC Rcd. 6020-21 (1994). Prof. Lyall affirms that, considering the global effect of the State decision on spectrum assignment, these decisions should be made by a world authority, a kind of Global Communication Commission. F. LYALL, *Expanding Global Communication Services* (1999) *Proceedings of the Workshop on Space Law in the 21st Century* at 70. Cf. M. ROTHBLATT, *supra* note 34, and S. LE GOUEFF, *supra* n. 3 at 422.

(58) For example, we may argue that the decision of the FCC (see *ibid.*) constitutes, *de facto*, an *a priori* global plan for all the L-band and S-band allocations. Moreover the division of the frequency band to accommodate CDMA and TDMA operates world-wide, so a national decision is now generating effects at a global level (CDMA and TDMA: Code Division Multiple Access and Time Division Multiple Access, two of several technologies used to separate multiple conversation transmissions over a finite frequency allocation. Newton's Telecom Dictionary, 14th ed., Harry Newton Ed., 1998).

(59) The number of such satellites in orbit is higher, their dimensions are smaller, and their lifetime shorter (between five and seven years). Moreover, they

The grant of an unconditional right of replacement would sacrifice the principle of non-appropriation of outer space, and reduce the possibility of accommodating the requirements of new users (other countries), and yet maintenance of the regulation as established for GSO would badly hamper the practical operation of GMPCS.

International cooperation within the framework of ITU is still quite limited (even though in recent years the Union has been fostering international cooperation through the ITU World Telecommunications Policy Forum), and it is up to the 'first-comers' to carry out consultations with other interested countries during the process of assignment of frequency bands to their national companies. Concerning the interdependency between national licensing decisions and international provision of services, the global reach of the regulation may lead to the need for a deeper involvement of the ITU, or for new rules at the international level for the cooperation of countries in the assignment procedures (60). In any case, the first movers should take into consideration the needs (or future needs) of other countries. The spirit of international co-operation on which the deployment of GMPCS necessarily depends would certainly be enhanced by a flexible approach on the part of the first mover administrations that have date-priority on their side.

This need for coordination is not only a question of respect for international space law, but also a necessary procedure for the development of the global services. The sovereignty of States over their telecommunications is a well-recognised principle even within the ITU, as a result of which, the States have the right to issue rules and procedures for the national assignment of frequencies. As well, other countries have the right to decide whether the service provided by a (foreign) company may be offered within their territory. Therefore these States can use the gateway or service licensing procedures to make sure that their voice will also be heard in the space licensing process, which is

---

are subjected, because of their position, to a higher risk of damage by space debris, as well as a greater attraction from the Earth.

(60) See for example S. LE GOUEFF, *supra* n. 3, at 266 and M. TYLER, *Briefing Report: The Changing Role of Government in an Era of Telecom Deregulation: Global Mobile Communication Systems (GMPCS)* (Geneva: ITU, 1994).

the responsibility of a single State. In the past the national/international question was less central because international telecommunication organisations, such as INTELSAT and INMARSAT, had already set up international agreements on the use of frequencies and orbital positions and on the provision of the services in Member countries (61).

Today the situation is different. Without any international framework to manage the licensing process, the introduction of these systems will be particularly difficult.

7. As mentioned above, on the basis of the sovereign right over telecommunications, as affirmed in the ITU Constitution and Convention, each country in which an earth station or a gateway is established, services are provided, or terminals are being used, may require a license for the relevant activity to be conducted (62).

The licensing of the ground segment is a national matter (63), and will be subject to a more detailed analysis in the section concerning national regulation (64). However, the deployment of global mobile satellite systems depends heavily on the licensing regulation of the countries in which the service is to be provided, which, given the global ambitions of such providers, are a large number. It is thus simplistic to affirm that ground segment licensing is only of national concern. The global licensing of ground segment is a fundamental condition for the success of these services and deserves an international approach. One example of the effects of licensing procedures on the GMPCS may be given by the recent failure of Iridium, an international consortium of several telecommunication companies which was developing a global system to provide mobile satellite services (65). The causes of this company's failure are complex, and this is not the place to analyse them, however one factor

---

(61) See F. LYALL, *Expanding Global Communications*, *supra* n. 57 at 79.

(62) LE GOUEFF, *supra* n. 3 at 426.

(63) Except with regard to assignments of specific feeder link frequencies to specific gateways, since this involves international frequency coordination.

(64) See *infra* § 8.

(65) *Flaming End for Satellites* (18/03/2000), BBC News, online: http://newsl.thls.bbc.co.uk/.

was certainly the regulatory requirements. These were probably under-estimated, which had two consequences: the delayed (and more expensive) implementation of the system, and the restriction of the area in which the service could be provided.

The International Telecommunication Union recognised that many new services required international co-operation with regard to aspects other than the mere technical standardisation and allocation of the radio-frequency spectrum (66). In the light of this conclusion, the ITU's members, during the Kyoto Plenipotentiary Conference in 1994 (67), decided to convene World Telecommunications Policy Forums to discuss and, if possible, reach consensus on, issues which would not normally be part of the mandate of the Union.

Quite apart from the ITU's role with regard to allocation and assignment, in the Telecommunication Policy Forum in 1996 the Union tried to create a framework to discuss and exchange information and ideas on the creation of a global regulatory policy on GMPCS, with the purpose of harmonising national licensing regulation (68). The Forum also permitted, for the first time, the participation of private companies quite independently of their national delegations. This allows a balance to be reached between the competing interests of operators and governments, whilst always considering the user's needs. Additionally, the fact that the principles concluded were to be non-prescriptive and non-binding encouraged reluctant countries to

---

(66) The main actions undertaken by the ITU deal with the allocation, allotment, and related tasks. Art. 1 "2. [...] the Union shall in particular: (*a*) effect the allocation of bands of the radio-frequency spectrum, the allotment [...] and registration [...] to eliminate harmful interference [...] facilitate the worldwide standardization [...]". However, with regard to the Union's purposes we can read in § 1 art. 1: "The purposes of the Union are: (*a*) to maintain and extend international co-operation between all members of the Union [...] (*f*) to harmonize the action of Members[...] (*g*) to promote, at the international level, the adoption of a broader approach to the issues of telecommunications in the global information economy and society [...]". On the evolvement of the ITU role see A. L. ALLISON, *Meeting the Challenges of Change: The Reform of the International Telecomuniction Union*, 45 *Fed. Comm. L.J.* 491 at 504 (1993).

(67) ITU, *Kyoto Acts, supra* note 7.

(68) ITU, *WTPF Revised Report by the Chairman, Policy and Regulatory Issues Raised by the Introduction of Global Mobile Personal Communications by Satellite*, 1996, Geneva.

join the consensus, without compromising their right to pursue differing national policies and timetables for the introduction of GMPCS.

The principles established during the Forum were issued in the form of 'opinions' which included, among other things, consideration of the role of the GMPCS in the globalisation of telecommunications, consideration of the implementation of such services in developing countries, and a study by the ITU to facilitate the introduction of satellite communication services in every country. The opinion n. 4 led to an agreement on a Memorandum of Understanding (MoU) (69) addressing the matters relating to licensing, type approval and marking of terminals, custom duties and access to traffic data. The MoU, always recognizing the sovereign rights of each State to regulate its telecommunications, underlined the need to reach a global arrangement to facilitate the circulation of user terminals (70), and introduced the concept of 'class licenses' or 'blanket approvals' for the licensing of terminals (i.e. without the need for obtaining individual authorizations for the other State's terminals). The signatories of the Memorandum will develop arrangements to implement these principles (71).

To conclude, the ITU can play a key role in the future 'global information society', and it has already taken a positive

---

(69) *Memorandum of Understanding to Facilitate Arrangements for Global Mobile Personal Communication by Satellite, Including Regional Systems* (GMPCS-MoU), Geneva, 18 February 1997 and *Arrangements pursuant to the GMPCS-MoU to Facilitate the Introduction and Development of Global Mobile Personal Communications by Satellite (GMPCS), as Agreed at the Third Meeting of Signatories and Potential Signatories of the GMPCS-MoU,* Geneva 6-7 October 1997 (Geneva: ITU, 1998).

(70) The MoU was based on three main mechanisms: permission to carry a terminal into a visited country but not to use it; permission to carry a terminal into a visited country and to use it within the framework of a licensing scheme; and the establishment of conditions pursuant to which administrations would grant mutual recognition of type approval of terminals, would license terminals and would permit terminals to be placed on the market.

(71) The first set of these arrangements was issued a few months later with the MoU's approval: on 18 July 1997 the ITU signatories agreed on the ''Arrangement Pursuant to the GMPCS MoU to Facilitate the Introduction and Development of Global Mobile Personal Communications by Satellite (GMPCS)'', in which are set out the technical procedures for type approval and marking (MoU articles 1 and 3) and licensing.

step with the World Telecommunications Policy Forum (WTPF). The objective is to reach an agreement on the establishment of a workable regulatory framework for LEO systems. Few countries had begun to establish regulations governing LEO systems prior to the WTPF, but LEO technology is inherently international and many international issues are implicated.

Considered the fall of boundaries in the provision of telecommunication services, and the consequent internationalisation of the market, another player, the World Trade Organisation, has recently intervened in the telecommunication arena, implementing principles of ''transparency'' of national laws and practices, promoting the exchange of information on laws concerning foreign access to communication markets, and developing rules under the legal principle of ''national treatment'' for international and foreign telecommunication companies and investors. Those trade rules are then relevant in the licensing process.

The WTO General Agreement on Trade in Services (GATS) (72) is based on three elements: a framework agreement, containing the basic principles applicable to all trade in services; several annexes, which set out specific rules for given services; and national schedules, whereby governments make specific commitments to liberalise their markets in identified service sectors. Given that GMPCS require an open and global marketplace, this agreement is likely to impact heavily upon the satellite services (73).

The WTO is trying to create a proper international regulatory framework which facilitates efficiency and enhances globalisation, while at the same time reduces the risk of negative distortions in the telecommunications market.

The General Agreement establishes two levels of obligations: general obligations and specific obligations. The three key

---

(72) General Agreement on Trade in Services, Marrakesh, April 1994. http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/gatsintr_e.htm.

(73) S. LESSARD, *International Trade in Telecommunication Services: Towards open Market* (1997) 22 *Annals of Air and Space Law* at 406 ff. As the former Secretary General of ITU Pekka Tarjanne has said: ''we will never have a global information society until we have a global information economy, and we will never have a global information economy without free trade in telecommunication and information services''. In *Window on the world* (1997) 3 *ITU News* at 8.

''general obligations and disciplines'' directly relevant to the GMPCS licensing process are:

— Most Favoured Nation (MFN) Treatments (art. II): a licensing regime must grant market access to operators from a WTO member country on terms ''no less favourable'' than terms applicable to operators from ''any other country''.

— Transparency (art. III): all rules affecting trade in services must be published, as well as all notification, registration or licensing requirements.

— Barriers to trade (art. VI): licensing requirements must not constitute unnecessary barriers to trade.

Considering that the obtaining of a license is a prerequisite for every kind of activity in a foreign country, the imposition of transparency requirements on national regulators has the double effect of simplifying the licensing process, and forcing members to disclose potential barriers to market access. Additionally, the requirements to obtain a license, depending on their content, and on how they are applied, may constitute a barrier to entry. The limitation of the quantity of licenses granted is only justified in the case of a scarce resource, for example the radio spectrum used to provide GMPCS services: therefore, if a country decides to restrict the number of licenses, a procedure should be defined which ensures that no applicant is discriminated against because of its identity. For some authors the best way to guarantee non-discrimination is by establishing a procedure based on a competitive price mechanism, such as an auction (74).

The access to foreign market could be hampered also by the existence, or non-existence, of standards: standards adopted by national authorities can be different and may impede the interconnection of national communication networks across borders. National legislators may even abstain from establishing any standards, so that *de facto* standards may emerge sponsored by the national incumbent. These standards could be established with the intention of generating anti-competitive effects by de-

---

(74) M. FREDEBUEL-KREIN & A. FREYTAG, *Telecommunications and WTO discipline: an assessment of the WTO agreement on telecommunication services* (1997) *Telecommunication Policy* at 479. See also M. TYLER, *Briefing report: The Changing Role of Government in an Era of Telecom Deregulation: Global Mobile Communications Systems (GMPCS)* (Geneva: ITU, 1994).

terring or restricting foreign/rival firms from entering the market. Thus we can see the need for harmonisation of national regulations, and the specific attention to market access, as made in the Annex on Basic Telecommunication Services (75).

The agreement on the Annex on basic telecommunication services was reached on 15 February 1997 with a list of State commitments. This annex has three parts: market access, foreign investment and pro-competitive regulatory principles.

As regards market access, it is worth noting that the agreement does not only allow for the cross-border supply of telecommunications, but also enables foreign companies to provide local, long distance and international services. Foreign investment, together with the previous topic, was one of the most important negotiating issues within the Negotiating Group on Basic Telecommunications: it is well known that these systems require a multi-million investment. Normally the companies planning a satellite constellation are international consortia, established in the territory of a country but receiving financial support from foreign companies (76). The commitments made by the Member States will cover services provided through the establishment of foreign firms, and include the possibility of foreigners acquiring shares in domestic telecom operators (77). Regarding the pro-competitive policy, 65 countries have adopted common regulatory guidelines aimed to ensure fair competition in national telecommunications markets. These principles are embodied in a binding Reference Paper, and contain provisions on interconnection, competitive safeguards, independent regulators and the allocation and use of scarce resources.

Although the above-mentioned achievements are fundamental for a further development of international telecommuni-

---

(75) S. LESSARD, *supra* n. 73.

(76) E.g. the partners in Globalstar, a US 2,200 millions (estimated) system, include Loral, Qualcomm, France Telecom, Alcatel, Alenia, China Telecom, Hyundai and others. Online: http://www.globalstar.com/pages/partnerinfo.html (last accessed: 15 June 2001).

(77) In the U.K. and the U.S. foreign owned companies will be permitted a 100% stake in domestic telecom operators by January 1998, Canada and Mexico do not allow majority shareholding by foreign companies, while Japan limits foreign shares to 20% in its two principal operators (KDD and NTT).

cation law, and for the global diffusion of telocom services (78), they are not enough. The last ITU Forum on telecommunications achieved a great deal but on a non-binding basis, which considerably reduced the potentially far-reaching effects of the decisions; the ITU Convention and Radio Regulations should be binding, but there are no sanctions in case of infringement (79). Additionally, the allocation to services performed by the Union should provide a uniform framework for satellite services, but the exceptions of members to the allocation plans are so numerous that it is almost impossible to find a frequency assigned to the same services at the same conditions world-wide.

The licensing of satellite telecommunication activities is a national matter, and telecommunications services are under the sovereignty of national states, however the regulatory issues raising from them are global in nature, and deserve a global approach. Some commentators argue the need for an international or global regulator (80), which could be based on an already existent international body, such as the International Telecommunication Union (81), or created *ex novo*, establishing a commission formed by the national telecommunication authorities. This solution, however, is one that would be difficult to implement, because it implies the coordination in a single body of many countries with different levels of development and contrasting interests.

Another solution would be more political and more in line with the recent developments that took place within the ITU and WTO frameworks (82): the organisations convene interna-

---

(78) The activity of the Union and that of the WTO are complementary: for example global standards are necessary for an efficient functioning of the telecommunications market and the ITU has a fundamental role in the development of such standards. *Annex IB of the WTo Agreement*, 33 *I.L.M.* 1167 (1994).

(79) S. Mosteshar argued that the Union has until now been able to manage the radio frequency and orbital resources "because of the self-interest of states in complying with ITU regulation", in S. MOSTESHAR, *Development of the regime for the low earth orbit and the geostationary orbit*, in G. LAFFERRANDERIE, *Outloook on Space Law Over the Next Thirty Years*, (Paris: Kluwer, 1997), 81 at 97.

(80) F. LYALL, *Expanding Global Communication Services* and *The International Telecommunication Union: A World Communication Commission?, supra* notes 11 and 57.

(81) S. MOSTESHAR, *supra* note 79, at 101.

(82) M. TYLER, *supra n*ote 60 at 15 ff.

tional *fora* in which countries seek to reach a gradual simplification and harmonisation of their procedures, a progressive liberalisation of the market and a future mutual recognition of authorisations. The regulatory flexibility of member countries is the key element to achieve these goals and bring divergent interests to a convergent solution.

8. Considered that individuals are not subjects of international law (83) and that, following article VI of the OST "the activities of non-governmental entities in outer space [...] shall require authorisation and continuing supervision by the appropriate State Party to the Treaty" (84), the development of GMPCS systems by private entities should be authorised by States. It is therefore necessary for countries to establish license requirements for private undertakings (85) in compliance with the principles expressed in the UN treaties, and also with the rules of the Telecommunication Union and the liberalisation regime imposed by the 4th protocol to the GATS. This process, however, is not without problems, due to the different internal political and economical situation of each country, and the uniform application of the international principles is far from straightforward.

The State-imposed licensing requirements, in fact, in addition to constituting the means by which Governments comply with international regulations, are their means for the imposition of a form of national control over private activities in the sector. Even the recent general shift toward liberalisation has not eliminated regulation: governments have established policy frameworks to regulate the telecommunications sector, promoting competition and attempting to safeguard the public interest. Thus, liberalisation of the telocommunications market cannot accurately be called 'deregulation', since even if it is true that

---

(83) See I. BROWNLIE, *Principles of public international law* (Oxford: Clarendon press, 1998) at 57.

(84) Art VI Outer Space Treaty.

(85) See M.E. DAVIS AND R.S. JAKHU, *Global Mobile Personal Communications Satellite Systems - The International Regulatory Revoluntion* (Paper presented at the 49th International Astronautical Congress, Melbourne, Australia, 28/09-2/10/1998) [unpublished]; M. ROTHBLATT, *Lex Americana, supra*, note 34 at 127.

deregulation has taken place, it is also true that there has been a concomitant process of 're-regulation'.

For years satellite telecommunications were monopolised by international organisations, such as INTELSAT and INMARSAT, and by national telecommunication companies. With privatisation and liberalisation, private companies supplant public entities, and new international consortia take the place of international organisations. The new regulation is thus of a different kind, permeated by rules on competition, which influence and are influenced by, provisions on privatisation, liberalization, foreign investment, interconnection, licensing, fees, market access, etc. Such regulation for GMPCS or, as it is called in Europe, S-PCS, was first introduced in the United States, to be immediately followed by the European countries. Indeed in Europe there is an additional level of organisation, which can be found in the European Community's involvement in telecommunication regulation, particularly in the case of personal communications.

The diffusion of GMPCS, given their special features, is particularly hampered by the heterogeneity and the complexity of national licensing conditions and terms. Essentially there are two types of licenses: those addressing the development of the space segment (space station, orbital position and frequency assignment), and those relating to the ground segment (earth station or gateway, handheld terminals (86), interconnection to the national Public Telecommunication Network and provision of the service).

As mentioned above, while the licensing of the space segment is international in its nature, requiring some kind of international consultation (for the assignment of the orbit/frequency resources), it is under the responsibility of only one country. Differently, following the principle of the sovereignty of States over their telecommunications, the ground segment license is required from each country in which the service provider wishes to install an earth station or gateway, to use handheld terminals, and to provide its services. However, this process, in the case of GMPCS, assumes international proportions: the global ambition

(86) About handsets licensing and marking see *supra* note 69.

of the GMPCS requires global regulatory approval, thus a global licensing process must be undertaken in order for LEOs to be able to achieve worldwide coverage (87). The fact that the licensing must be approached and dealt with differently from country to country is an additional factor that adds to the complexity and costs of the task the companies must face (88).

Licenses will give the telecommunication company the possibility to provide its services in a particular country, which will be often different from the one in which the company is legally based. For this reason the provider will have to deal with different laws and systems, an unknown market, and the concerns of the national authorities or telecom companies that their network not be bypassed and their revenues not be decreased. For these reasons the participation of a local provider in the application and set-up of the system may offer the advantages of having expertise on the local procedures, and having access to the local markets. Additionally, it is also a means for the attribution of part of the revenues from the service to the local economy: this will be an important factor in the evaluation of the license application by the local authority (89).

Having addressed the issues at the heart of the authorization system for GMPCS, it is now useful to analyze more closely the licensing systems of certain specific countries.

9. The most important body for the regulation of communications in the U.S. is the Federal Communication Commission (FCC). The Commission, created under the 1934 Communication Act, has a broad authority over matters involving the use of the radio frequency spectrum and is involved, in coordination

---

(87) Even though "[...] countries can neither prevent the LEO systems from operating over their territory, nor can they operate their own LEO systems in the same frequency band", the access to LEO systems "from a particular country is left up to each country sovereign discretion". M. ROTHBLATT, *Lex Americana, supra* note 34 at 129. See also M.E. DAVIS and R. JAKHU, *Global Personal Communications Satellite Systems*, *supra* note 3.

(88) M. NOGUEIRA, *supra* note 43.

(89) See S. LE GOUEFF, *supra* note 3 at 426, and R. FRIEDEN, *That pesky last mile: call termination strategies for mobile satellite systems* (1998) 22:2 *Telecommunication Policy* 133 at 139.

with the Department of State and Commerce, in the international process of obtaining spectrum allocation from the ITU for U.S. service providers. The FCC has control over the activities of those providers at the domestic level too, through the issuing of regulations concerning the assignment of the spectrum and licenses (90).

The key characteristic of the FCC is its independence, which notion encompasses three concepts: freedom from direct political pressure, fairness and transparency of procedures, and the separation between regulatory and operational functions (91). Those principles stress the importance of a decision-making process characterised by consistency, clearness and predictability, to establish a reasonably certain framework for service providers.

The Commission, additionally, will always act in respect of the ''public interest, convenience and necessity'' (92): this principle, established to ensure the fairness of the FCC's decisions, in reality raises several problems relating to its interpretation. The public interest standard, in fact, is not defined by the Communication Act, so that it gives the Commission a wide discretion to promote national policy objectives. The public interest permeates the whole licensing process, and its basic elements include spectrum availability, financial, technical, and legal qualification of telecommunication carriers, as well as trade and foreign policy concerns, effests on competition in the U.S. and national security issues (93). In this framework the Commission is-

---

(90) See R.E. HUNDT, *Testimony before the House of Sub Commission on telecommunications on the global information infrastructure and the role of satellites* (1994), online: FCC http://www.fcc.gov (last accessed: 1 August 2001).

(91) See s. 4, 47 U.S.C. 154: provisions relating to the Commission.

(92) *Communication Act*, s. 310.

(93) See, for example, *Tiny TMI trapped in FBI's national security web, National Post* (16 July 1999). The TMI Corporation, a Canadian firm settled in Ottawa, was the first firm that applied for an FCC license to sell mobile telephone services in the U.S. In consideration of the public interest, and specifically national security, the FCC has blocked the company license for several months on the basis of the wiretaps laws, which demand to the FBI to be able to listen to certain kinds of telephone calls to and from the U.S., which would be problematic in this case. More generally, the problem lay in the modality of access of the FBI to foreign satellite telecommunication companies having their facilities outside the jurisdiction

sued the first rulemakings, preparing the path for the licensing of GMPCS systems (94).

Before the approval of the WTO fourth protocol, in facing the public interest test foreign companies willing to operate in the U.S. had also to satisfy the Effective Competitive Opportunity Test (ECO-Sat), to demonstrate that a U.S. company would have the same Opportunities to invest in the applicant's national market (95). Today, the *raison d'être* of this exam vanished with the opening of telecommunication market to competition following the General Agreement on Tariffs in Services (GATS). However, the impact on competition into the U.S. is still one of the most important elements in the evaluation of the public interest in a licensing process (96).

Following the entry into force of the GATS, the Commission adopted a presumption in favour of the entry of a WTO member to the US satellite market. Nevertheless, this presumption may be rebutted by opponents (97), or by the Commission itself, if the grant of license would cause a very high risk to competition (98). The United States maintains that this approach is consistent with the treatment of U.S. applicants, and with both its obligations under the WTO agreement and statutory requirements to grant licenses that serve the public interest. However, not everyone agrees that the regulation is appropriate. The con-

---

of the United States, avoiding the creation of market entrance barriers to foreign providers.

(94) *In Re Amendment of the Commission's Rules to Establish Rules and Policies Pertaining to a Mobile Satellite Service in the 1610.1626.5-2483.5-2500 MHz Frequency Bands*, Report and Order, CC Docket 92-166,14 October 1994 [hereinafter Big LEO Report].

(95) Effective Competitive Opportunity Test (ECO-Sat): *In the Matter of Market Entry and Regulation of Foreign affiliated Entities, Report and Order*, IB Docket No. 95-22 (1995). *In Re Amendment of the Commission's Regulatory Policies to Allow Non-U.S. Licensed Space Stations to Provide Domestic and International Satellite Service in the United States, Notice of Proposed Rulemaking*, 61 Fed. Reg. 32399 (1996) [hereinafter DISCO II]. on the U.S. policy on telecommunication competition see J. H. HARWOOD II, W. T. LAKE, D. M. SOHN, *Competition in international telecommunications services* (1997) 97 *Colum. L. Rev.* 874 at 885.

(96) See *In the Matter of Amendment of the Commissions' Regulatory Policies to Allow Non-U.S.- Licensed Space Stations to provide Domestic and international Satellite Service in the United States*, IB-Docket 96-111.

(97) *Communication Act* s. 309 (d)(1).

(98) *Communication Act* s. 309 (d)(2)b.

troversial point is the alleged 'vagueness' of the 'public interest' concept, which is unclear and flexible and thus can be the basis of new barriers for foreign entities (99).

A case that could create some doubts about the openness to competition of the U.S. telecom market is the ICO case, where the U.K. based company had to face severe problems to obtain the necessary frequency assignment to operate in the U.S. (100).

After the international allocation of the 1610-1626.5 MHz and 2483.5-2500 MHz spectrum bands for mobile satellite services by the 1992 World Administrative Radio Conference (WARC), the FCC adopted a conforming domestic allocation, and in 1994 it issued a Report and order (101) promulgating technical, licensing and operational rules for Big LEO services.

The U.S. policy is to encourage the development of new technologies and services (102). However, as occurred in the case of FSS or MSS licensing (103), the natural resources necessary for the deployment of the services, the frequencies, were not sufficient to accommodate every system proposed. The applications for licenses thus became 'mutually exclusive' (104), in other words the grant of one would preclude the grant of another.

In telecommunication licensing in general the Commission did not reject the selection between applicants by auction. However, the Commission took the view that auctions are not suitable for global satellite networks, because sequential national

---

(99) See also EC, *Towards the Personal Communications Environment: Green Paper on a Common Approach in the Field of Mobile and Personal Communications in the European Union,* COM(94)145 final, April 1994, at 163, where the European Commission criticised the absence of definition of the "public interest" concept.

(100) See *In the Matter of Amendment of Section 2.106 of the Commission's Rules to allocate Spectrum at 2 GHz for Use by the Mobile-Satellite Service*, ET Docket No. 95-18, Second Report and Order, Adopted: 27 June 2000.

(101) *Big LEO Report and Order, supra* note 94.

(102) 47 U.S.C. § 157(a): "It shall be the policy of the United States to encourage the provision of new technologies and services to the public".

(103) About the licensing of Fixed Satellite Services and Mobile Satellite Services see P. MEREDITH & G.S. ROBINSON, *Space Law: A Case Study for the Practitioner, supra* note 32.

(104) See 47 C.F.R. 25.155.

auction would make the building of a global platform prohibitively expensive (105). For this reason, in satellite system licensing the FCC has preferred comparative hearings and a selection based on qualifications to auctions, which have been prohibited by the Orbit Act approved by Congress in 2000, for orbital slots or spectrum to provide international and global satellite telecommunication services (106).

Consequently the Commission, again in response to the public interest principle (107), has chosen to study engineered solutions to accommodate the higher number of service providers. To limit the number of licenses issued the FCC has developed a set of strict qualification criteria, to ensure that the applicants are treated equally (108). These criteria have been developed by the FCC through various rulemakings intended to authorize innovative satellite services and to maximise the number of competitive systems available while ensuring spectrum efficiency. In the following paragraphs, the qualification requirements to obtain space and ground segment licenses will be analysed.

Generally, to obtain the construction permit, station license and launch authority, the applicant must provide detailed evi-

---

(105) See A. PISCIOTTA, R. SIFERS, and H. WILSON, *Regulatory considerations affecting investments in global satellite and undersea cable systems* (2000) 1192 *PLI/Corp* 629 at 659.

(106) *Open Market Reorganization for the Betterment of International Telecommunication Act (''Orbit Act''),* 47 U.S.C. 647 (2000). With the Orbit Act the FCC changed its previous decision, taken with the Big LEO Report and Order, following which the FCC would have assigned by auction the licenses available for GMPCS systems. It is worth noting that the FCC allows the secondary trading of licenses that have been assigned by auctions.

(107) Maximization of the number of systems available to consumers is considered positive for competition and thus in the public interest of the country. See for example Pisciotta, Sifers and Wilson, *supra* note 105 at 659ff. See also s. 309(j)(6)(E) of the Communication Act, 47 U.S.C. 309, under which the Commission has an ''obligation in the public interest to continue to use engineering solutions, negotiation, threshold qualifications, service regulations, and other means in order to avoid mutual exclusivity in application and licensing proceedings''.

(108) The FCC has the duty to treat all applicants equally. See *Ashbacker Radio Corp. v. FCC*, 326 U.S. 327 (1945), in which the Supreme Court established that the FCC must use the same set of procedures to process the applications of all similarly situated persons who come before it seeking the same license.

dence in demonstration of its financial qualification (109). This requirement has been imposed to ensure an efficient use of the spectrum (the public interest element), preventing under-financed companies (110) from depriving capable companies from the opportunity to enter the market.

In the licensing process for GMPCS services, those requirements consist of demonstrating the existence of internal assets or committed financing sufficient to cover the estimated costs for construction, launch and the first year operating costs of the proposed system (111). Under the Commission Report and Order on Big LEOs, a two-tier rule was established. Applicants filing financial amendments by November 1994 would have priority, and those unable to meet the requirement at that time would have until January 1996 to comply.

These conditions seem reasonable considering the importance of efficient use of the frequency spectrum. Companies not having sufficient resources may seek to obtain a license for speculative reasons, or cause a delay in the development of the sector. However, since the licensing process is often long and uncertain, investors are frequently unwilling to risk committing funds to an applicant company until a license has been granted. This is something of a Catch-22 of which all but large international consortia fall foul.

The technical conditions imposed on satellite service providers show the global ambition of the U.S. mobile satellite telecommunication systems. In s.143 (b)(2) of the C.F.R., a proposed satellite system is required to be capable to cover almost without interruption the whole planet (112). The realisation of

---

(109) 47 C.F.R. 25, s. 115.

(110) These companies have difficulties in raising the funds needed to construct and launch a satellite even with a license in their hands. Licenses given in these situations have then to be declared null on the grounds of the impossibility of the applicant to begin the implementation as required in the license. See *In the Matter of the Establishment of Policies and Service Rules for the Mobile Satellite Service in the 2 GHz Band, Notice of Proposed Rulemaking*, March 18 1999, IB Docket No. 99-81 § 23.

(111) See *Big LEO Report and Order*, 9 FCC Rcd at 5948-5950, and 47 C.F.R. 25, s. 143 (b)(3).

(112) ''[...] providing mobile satellite services as far north as 70° latitude and as far south as 55° latitude for at least 75% of every 24 hour period [...] of

such an ideal of a 'global information infrastructure' is conspicuous, considering the usual trend towards the limitation of the satellite coverage to allow other countries to develop their own satellite systems. With global coverage by LEO systems, the opportunities for diverse satellite systems are considerably reduced (113).

In the same section, which is specifically designed to regulate mobile satellite services in the 1.6/2.4 GHz range, it is also specified that the proposed systems shall use only NGSO satellites, thus complying with the allocation operated by the ITU during WARC-92 and WRC-95. Besides those requirements, the system has also to satisfy the requirements in section 213 C.F.R. concerning interference protection.

The 'open skies' policy, which is one of the leading principles of U.S. telecommunications policy, also has influences on the technical requirements imposed. This is because the experts of the Commission try to design the technical requirements so as to ensure the accommodation of the maximum number of systems, and that a proposed system will be compatible with ongoing and future operations in a particular frequency and will not cause interference to other licensed services (114).

Additionally there are two technical characteristics pertinent to the big LEO systems: the possibility of having 'blanket' licenses (for earth as well as space stations), and the right to replace satellites (within the license terms) without issuing a new license.

Regarding the former, user transceivers, i.e. mobile handsets, do not need to be individually licensed, but rather an operator may obtain a blanket license in which the number of transceivers covered will be specified (115). Given the necessity for telecommunication systems in non-geostationary orbit to operate a high number of technical identical space stations to have

---

providing mobile satellite services on a continuous basis through out the fifty States, Puerto Rico [...]", 47 C.F.R. 25, 143(b)(2)(ii) and (iii).

(113) M. ROTHBLATT, *supra* note 34 at 131.

(114) 47 C.F.R. 25.143 (b)(2) "[...] will not cause unacceptable interference to other authorized users of the spectrum [...]".

(115) Sec. 115(d). Moreover, these handsets have to comply with the requirements set out in s. 213.

a global coverage, the Commission decided that it would also be easier to grant a single license for the whole system (116).

Regarding the latter characteristic, following the peculiarity of satellites in low orbits, i.e. the lifetime of a satellite, the authority believed it was necessary to implement a mechanism for the replacement of the satellites during the time of the license. The licensees, once they have obtained a blanket license for their system, need not file a separate application for technically identical replacement satellites. The only requirement to be fulfilled by the licensee is the certification to the Commission that those replacement satellites respect certain conditions (117).

As regards legal aspects of licensing, the nationality and the type of services the applicant company is wishing to provide are fundamental to the licensing regime. In particular, the nationality of the carrier influences the application of rules on competition and of international agreements such as the WTO. The access by non-U.S. licensed services is considered in the framework of Title III, under which the granting of licenses by the FCC must be consistent with the public interest. With the implementation of the provisions of the WTO agreement, transposed into the U.S. system with the DISCO II order (118), sec. 25.137 of the Code of Federal Regulation was modified. Under this procedure the applicants have to file a ''letter of intent'' (LOI) to operate with a non-U.S. licensed space station in the United States. This application, if filed by a citizen of a WTO member State, will have to comply with technical, financial and legal requirements and will be considered contemporaneously with other U.S. satellite systems if it is already in orbit and oper-

---

(116) 47 C.F.R. 25.143 (a) ''applicants authorized to construct and launch a system of technically identical non-geostationary satellite orbit satellites will be awarded a single 'blanket' license covering a specific number of space stations to operate in a specified number of orbital planes''.

(117) Following Title 25 s. 143(c)(1) C.F.R., the replacement space stations have to be ''[...] technically identical to those authorized in its system authorization'' and (2) ''will not cause the licensee to exceed the total number of operation space stations authorized by the Commission''.

(118) *In re Amendment of the Commission's Regulatory Policies to Allow Non-U.S. Licensed Space Stations to Provide Domestic and International Satellite Service in the United States, Notice of Proposed Rulemaking*, 61 Fed. Reg. 32399 (1996) [hereinafter DISCO II].

ating, has a license from another administration, or has been submitted to the ITU's coordination process. Otherwise the Commission will apply the Economic Comparative Opportunities test.

The Commission also establishes the duration of the licenses it issues. In the Report and Order on Big LEOs a ten years term, running from the date of initial operation of the stations (119), has been established. The FCC also specifically refused to offer ''renewal expectancy'' (120) to the providers. This decision, however, has been made not in order to comply with international space law (121) or with the ITU regulations, but rather to answer (U.S.) public interest concerns. The U.S. ambition to create a global telecommunications infrastructure, and to be the leading country in this sector, requires continuous development and the need to be flexible in responding to changes due to technological improvements (122). Furthermore, the Commission foresees the possible intervention of international agreements in this area.

On the other hand, the authority understands the enormous investments necessary to provide these services, and thus the need of a certain framework that will assure the return of this investment in order to encourage it. To this end, the Commission believed ten years to be sufficient for a return of investments, and affirmed that it will consider replacement applications and will grant the renewal, if the frequencies remain available, for use by comparable types of systems (i.e. next generation systems) (123). To address the concerns of telecommunication providers the FCC has approved a new Report and Order

---

(119) 47 C.F.R. 25.121 (a) and (d)(2).

(120) 47 C.F.R. 25.121 (e).

(121) Especially with the non-appropriation principle, see discussion above at § 3.

(122) See Big LEO Report and Order at 6006-6008. See also *In Re Applications of U.S. Electrodynamics, Inc. for Modification of licenses five transmit/receive fixed satellite earth stations at Brewster, Washington, for operation with the ICO Medium Earth Orbit satellite system*, Order and Authorization, 10 March 2000. In this Order, the FCC emphasized the objective of the FCC to enhance U.S. competitiveness in satellite telecommunications technology promoting international cooperation and competition and encouraging the growth of U.S. companies abroad.

(123) Big Leo Report and Order.

dealing with systems using the 2 GHz band, that will provide services using both satellites in low orbit and in geostationary orbit. These latter satellites require a larger investment per unit and have a longer lifetime, so the Commission has established different license terms (124).

The European Union maintains that the FCC unilaterally imposed solutions to orbit and spectrum issues. Some authors consider that the provision for the possibility of international agreement on the sharing of these natural resources is sufficient for the U.S. to comply with international obligations. The compliance with the ITU regulation and the Outer Space Treaty, however, should be based on ''good faith'' (125), more than on the national ''public interest'' (126).

Although the U.S. regulation has been developed to encourage the provision of competitive global personal communication services by satellites, the framework established has several shortcomings, which affect the success of those satellite systems.

The most critical problems are the regulatory uncertainty and the long lead times (127). In the satellite telecommunication sector the time it can take to obtain a license can have huge consequences: the changes in technologies are ongoing and occur at an increasingly rapid rate, the new systems have to hit the right market window, and business plans become as important as system requirements. In this landscape the U.S. procedures seem to be too complex and uncertain, with criteria which are not al-

---

(124) *In the Matter of The Establishment of Policies and Service Rules for the Mobile Satellite Service in the 2 GHz Band*, IB Docket No. 99-81, August 14, 2000: ''4. Section 25.121 is amended by revising paragraph (*a*) to read as follows: Section 25.115 License term and renewals. (*a*) License term. Licenses for facilities governed by this part will be issued for a period of 10 years, except that licenses and authorizations in the 2 GHz Mobile-Satellite Service will be issued for a period of 15 years''.

(125) *Vienna Convention on the Law of Treaties*, art. 31.

(126) See J. CLOPPENBUNG, *The Future Regulation of Global Mobile Personal Communications by Satellite: a Farewell to Lex Americana?,* XXV, *Annals of Air and Space Law*, 2000, p. 83 at 93.

(127) To obtain a license in the U.S. can take up to five years, to which it is necessary to add the time for construction and launch of the satellite after the licensing-an additional two to three years. A. PISCIOTTA and others, *supra* note 105 at 659.

ways transparent. It is sufficient to consider the 'public interest' concept to realise how the requirements may not remain constant.

Additionally, the regulatory policy of the United States probably underestimates the need for global licensing for satellite systems; the divergence in interests between the U.S. and foreign countries in the accommodation of the big LEO systems may impair the service provision. For this reason, several authors (128) consider it advisable to address those new regulatory issues in international bilateral and multilateral agreements, to increase the participation of international institutions such as the ITU, and to allow more direct participation of the private industry in the decision-making. It is certainly not a duty of the United States to achieve a global consensus before the deployment of a satellite service, but it is likely that more concerted action could greatly simplify the task of the satellite operators: there should be a trend toward internationalisation, not Americanisation, of satellite telecommunication regulation.

10. The landscape in Europe has always been characterised by a strong presence of national regulators, which were also the main telecommunications providers in the different countries. Following the trend towards globalisation, or internationalisation, of the telecommunication services, however, national governments in Europe realised the need to create a European market. This need is particularly felt in the satellite telecommunications sector, which is by its nature trans-national. Furthermore, harmonisation and coordination of spectrum management is fundamental for mobile satellite communications (S-PCS), requiring a complex set of licenses to create a fully operative system.

To create such a pan-European market, the national governments, limiting their sovereign rights over telecommunications, have agreed to operate a partial and gradual shift of their authority on telecommunications in favour of a more pan-European system of regulation for telecommunications.

---

(128) See for example A. PISCIOTTA and others, *supra* note 105; R. E. HUNDT, *supra* note 90, § 2; R. FRIEDEN, *supra* note 89.

Previous to the establishment of a European framework for telecommunication services, the sovereignty of the States over their telecommunications prevailed over the Community influence, so that the elaboration of technical standards and of the relative discipline has been for a long time reserved for the public carriers. The coordination of these regulations was then realised through the European Conference on Post and Telecommunications (CEPT), an intergovernmental organisation with recommendation powers (129). Since the end of the Eighties, several steps have been undertaken by the Union to promote the liberalisation of the telecommunication sector and to develop a European approach to telecommunication regulation.

The first steps toward a growing involvement of the EU in the sector was taken on the basis of the dispositions of the Rome Treaty concerning competition, non-discrimination, and free circulation of services (130). The Treaty, in fact, did not include specific dispositions regarding telecommunications services and systems.

Since then several direstives have been adopted: in 1988 the Commission liberalised the terminal equipment market (131), contributing to the consolidation of the Commission's powers in the telecommunications sector (132); in the Nineties, the Union initiated to develop a more harmonised approach to telecommu-

---

(129) The CEPT/ERC (European Radiocommunication Committee) and the CEPT/ECTRA (European Committee for Telecommunications Regulatory Affairs), are principally in charge of standardisation, harmonisation of the assignment process and development of common regulatory policies in Europe.

(130) See former art. 37 (national monopolies), now art. 31, arts. 59 to 66 (free circulation of services), now arts. 49 to 55, and especially art. 90 on competition (art. 86 as modified in the Amsterdam Treaty).

(131) EC, *Directive 88/301, 16 May 1988 on competition in the terminal equipment sector,* O.J. L 131/73, 27 May 1988. See G. VENTURINI, *Servizi di telecomunicazione e concorrenza nel diritto internazionale e comunitario*, 2nd ed. (Torino: Giappichelli, 1999) at 89 ff.

(132) See European Court of Justice, Decision of 19 March 1991, case C-202/88 *République française contre Commission des Communautés Européennes "Concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications"*: French government claimed that EC Directive 88/301 on competition in the telecommunication terminal market should have been annulled due to the incompetence of the Commission, which, so the French claimed, went too far in the application of article 90 of the Rome Treaty for the liberalization of the communication market. This Directive, among other things, established that the member states had to transfer

nications services with the Green Paper on the development of a common market for satellite telocommunication services and equipment (133). The main goal of this document was the creation of harmonised procedures and a liberalised market to facilitate the provision of European-wide telecommunications services.

Developing the policy for a liberalised market in satellite services, the Council approved in 1993 a resolution on the introduction into the Community of personal communication services by satellite (S-PCS) (134). In the document, the need for a coordinated approach was recognised, considering the global character of these systems. However, the only obligation that has since been imposed on the member countries is the obligation to assign the necessary frequencies for the provision of the services.

The development of the S-PCS regulation then continued, with the resolutions on mobile and personal communication services in Europe (135). Through them, the European Community took a further step from the general harmonisation of the authorisations approach towards the creation of more specific European licensing procedures. A further development took place in 1996, with Directive 96/2 on the liberalisation of the abovementioned services (136).

A major step forward was then taken with the approval of the Licensing Directive in 1997 on a common discipline for the general authorisation and individual licenses in the communica-

---

the authority to issue regulations on telecommunication terminals to an entity independent from the public or private enterprises commercially responsible for those terminals. The Court confirmed the extensive interpretation of art. 90 of the EC Treaty, affirming that the control powers given to the Commission also support the possibility to precise the deriving obligations.

(133) EC, *Green paper on a common approach to satellite telecommunications in the European Community*, 28 November 1990, COM (90) 490.

(134) EC, *Council Resolution of 7 December 1993 on the introduction of satellite personal communications in the Community*, 16 December 1993, O.J. C 339.

(135) EC, *Council Resolution of 29 June 1995 on the further developments on mobile and personal Communications in the European Union*, O.J. C 188 of 22 July 95 at 3, and European Parliament Resolution of 19 May 1995 on Mobile and Personal Communications.

(136) EC, *Directive 96/2/EC of January 1996 amending Directive 90/388/EEC with regard to mobile and personal communications*, O.J. L 20/1996.

tion sector (137), with which the European Union, recognising the national sovereignty over telecommunications, considered a European-wide approach to the licensing regime in the member countries to be of fundamental importance (138).

With this directive, the EU made three main points about the operation of the national regulatory authorities (NRAs): the need for a division of authorisations into general authorisations and individual licenses (139); that the grant of licenses could only be limited on the grounds of the scarcity of the necessary resources (the frequency spectrum); and the need for a European coordination of licensing regimes (140).

Those principles promote the creation of a pan-European telecommunications market, however there is still room for national authorities to impose national barriers exploiting the more controversial points of the directive.

National barriers are still possible because member countries, through the NRAs, are in charge of the domestic implementation of the licensing discipline. In the transposition of the directives into national law, the authorities have a certain margin of discretion, which can be used to protect favoured companies or the former monopoly (141). The European regulations in some cases established too general rules, such as those provided by art. 8 of the Licensing Directive on the conditions applicable to individual licenses: only conditions listed in the Annex can be applied, but such conditions are not clearly defined (142).

Furthermore, the possibility of limiting the number of licensees because of the scarcity of the resource should not be an

---

(137) EC, *Directive of the European Parliament and of the Council 97/13, 10 April 1997 on a Common Framework for General Authorisations and Individual Licences in the Field of Telecommunications Services* [hereinafter *Licensing Directive*], O.J. L 117, 7 May 1997.

(138) See T. KIESSLING & Y. BLONDEEL, *The EU Regulatory framework in Telecommunications* (1998) 22:7 *Telecom. Pol.* 571 at 585: "A functioning license system is one of the basic requirements for an effective EU regulatory regime [...]".

(139) *Licensing Directive*, art. 3 and Sec. III.

(140) T. KIESSLING & Y. BLONDEEL, *supra* nota 138 at 584 ff.

(141) Art. 7 § 1 *Licensing Directive*.

(142) For example, it establishes only that "specific conditions" aimed at the effective use and efficient management of the radio frequency may be required in the granting of individual licenses. See *ibid.* Annex § 4.2.

excuse to limit access, but rather a residual solution in cases when the use of the spectrum by one provider would impede the use of the same resource by the other. The national discipline in this case should promote the entrance of the 'best' applicant on an objective basis, and the NRAs should encourage the study of engineered solutions, which may permit the NRAs to accommodate a higher number of providers.

The last point, regarding the coordination of the European licensing regime, has a paramount importance in S-PCS. The Commission and other European bodies, such as the European Telecommunication Office (ETO), proposed since 1992 to extend the principle of mutual recognition, already applied to terminal equipment, to other aspects of the telecommunication services. In 1994 the Commission presented a proposal to the European Parliament and Council for a policy on the mutual recognition of licenses and other national authorisations for the provision of satellite communication services (143). The licensing powers would have lain with the national authority of the country, but once licensed by one member State, a service would have been allowed to operate in all the other member States' territories. However this proposal was not accepted by the European countries, who have seen in the Commission initiative a violation of the principle of subsidiarity and an attempt to limit their sovereignty on telecommunications (144).

11. The Commission, in 1999, decided to re-examine the entire EU regulation on telecommunications and to propose the elements for a new framework for communications infrastructures and services (145). The *Review* considered the dramatic changes intervened in the communications sector since its liber-

---

(143) EC, *Parliament and Council COM/93/652 Final, Proposal for a European Parliament and Council Directive on a Policy for the Mutual Recognition of Licenses and Other National Authorisations for the Provision of Satellite Network Services and/or Satellite Communications Services, O.J. C 036/2*, 04/02/1994.

(144) See G. VENTURINI, *supra* 131 at 136.

(145) Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Toward a new framework for Electronic Communications infrastructure and associated services — The 1999 Communications Review* COM (1999) 539.

alisation and considered necessary to face the changes in the technology and in the market with correspondent updates in the regulation. The Commission maintained that the level of harmonisation achieved in Europe was not adequate to the new global market and realised the need of a clearly defined policy objective to promote and sustain an open and competitive European market for communications services.

The *Review* considerations can be applied also to GMPCS, which would greatly benefit from a deeper coordination of European regulation: one of the major barriers to the development of a pan-European satellite system, in fact, seems to be the possibility for member countries to insist on the use of individual licenses. The Commission therefore proposed to replace the licensing system with a new framework, which would require operators providing telecommunication services (included voice telephony) to be licensed using general authorisations, while the specific authorisation would remain necessary for the use of radio spectrum and numbering resources (146). The objective of the proposed directive is to improve the internal market through further harmonisation and simplification of rules, to foster European competition (and competitiveness) and to provide pan-European services.

Notwithstanding the European Union efforts to introduce easier licensing systems, the conditions attached to general authorisation and to individual licenses still create additional obstacles to a Europe-wide market. The inconsistency of licensing/authorisation requirements across the Union is mainly due to two factors: the vagueness of the conditions requirement established in the directives, and the possibility of diverging interpretations of the conditions in different member states. Consequently, in its directive proposal, the Commission intended to further reduce the number of licensing requirements, which should be limited to what is strictly necessary to ensure compliance with essential conditions and obligations under EU law (147).

---

(146) EC, *Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on the authorisation of electronic communications network and services* COM (2000) 386.

(147) *Ibid.*

The 1997 Licensing Directive (148), with the purpose to reduce the problem of diverging interpretations and procedures in Member countries or across Europe, created the One-Stop-Shopping (OSS) system. The OSS procedure offers the applicant the possibility to deal with a single point of contact, the Shop run by the European Telecommunications Office (ETO), to use an electronic Combined Application Form (CAF) and to obtain information about the regulatory situation in CEPT countries from an information bank. The responsibility or the sovereign rights over the granting of licenses, however, will continue to stay with the NRA. Unfortunately, this initiative does not seem to obtain wide approval: until now only ten countries have implemented the OSS, four of which do not allow electronic submission (149).

Another European initiative that did not receive the necessary support is the project to create a single European Telecommunications Authority. The project aimed to create a truly single market for telecom services through the transfer at the Community level of the NRA's attributes.

A European authority for telecommunications could be established as an entity composed of NRA representatives, so that the members would always have the possibility of controlling the functioning of the process. The CEPT could have a fundamental role in this authority. It could perform a coordinative function, and be in charge of the harmonisation of rules, which would then be approved by the NRAs representatives group. The procedures studied in the framework of the European Authority could be applied to all the applicants willing to provide telecommunications services across Europe (150).

Member countries considered the OSS and European Regulatory Authority (ERA) initiatives as too far reaching and inclined instead for a simplification of national regimes. Addition-

---

(148) See *supra* note 137.

(149) See ETO *Guide to the OSS Procedure*, online: www.eto.dk. On OSS see also: ERC, *Report 80: One Stop Shopping for Satellite Licenses and Authorisations*, Nicosia 2000, online: http://www/eto/dk.

(150) See *Draft Final Report on the possible added value of European regulatory authority for telecommunications*, Eurostrategies and Cullen International for the European Commission (1999) online www.ispo.cec.be/infosoc/telecompolicy/en/erastudy.pdf (last accessed: 15 July 2001).

ally, the European Commission maintained that the primary objective should be to improve the harmonization and co-ordination of national procedures and interpretations through a clear and effective regulatory framework, which will adapt and improve the existing structures (151).

Nevertheless, the ERA could have been a useful tool to achieve an internal European market: it could eliminate the need for 'country by country' licensing and considerably reduce the time and the costs related to licensing procedures (152). Additionally, to have only one licensing system would provide consistency for all European companies, and eliminate further practical difficulties (different conditions, languages, institutional organisations, etc) (153).

A single European authority on telecommunications would also improve the position of the Union at the international level. European companies would grow more easily and be better prepared to face the international market. Finally, the ERA would apply ITU and WTO rules and control their respect by the applicants.

Even though there are no provisions in the EU Treaty concerning the establishment of a European Regulation Authority, on the basis of art. 235 of the Treaty the Council may take appropriate measures to attain a community objective where the Treaty did not provide the appropriate powers, as happened in 1993 with the creation of the Harmonisation Office for the protection of trademarks. The establishment of such office granted the companies a single filing procedure to obtain protection in the EU countries (154).

12. At the threshold of the creation of a 'global village', it seems that technological development is leading the march toward globalisation, while legal regulation is still concerned with

---

(151) *The 1999 Communications Review, supra* note 151.

(152) See D. WRIGHT, *The European Commission and the satellite industry combine forces to open markets* (1998) 22:4/5 *Telecommunications Policy* 267.

(153) J. WORTHY & R. KARIYAWASAM, *A pan-European telecommunication regulator?* (1998) 22:1 *Telecom. Pol.* 1 at 4 ff.; and D. WRIGHT, *supra* note 152 at 270.

(154) J. WORTHY & R. KARIYAWASAM, *ibid*.

national borders and domestic discipline. The rapid growth of telecommunications services has brought about the need for a reform of the regulatory framework which governs the new telecommunications.

The international community and the national regulators have contributed to the subject with reform projects and regulations. However, due to the multiplicity of sources, this new discipline is often fragmentary and does not permit the establishment of a uniform legal platform for private telecommunication activities in outer space.

Several steps have already been taken to improve the situation, and agreements have been reached both at the European and international level concerning mutual recognition of terminal equipments, and a harmonisation process has been undertaken in the framework of EU, ITU and WTO. However, something is missing. The link between the international direction and national regulations is weak, and States are still reluctant to confer more extended powers on international institutions and often seek to deal with the problem through national solutions rather than looking for wider agreement.

The often contrasting interests of national governments are thus transformed into a multiplicity of different regulations and procedures which increase the complexity of the legal system, instead of fostering its harmonisation and simplification. For this reason, maybe time has come for States to seek a different solution, to deal with national concerns in a more internationally structured way.

The possible international answers to these problems vary in the amount of international cooperation that they require. There could be a new global telecommunications authority to deal with authorisation procedures, or less formally there could simply be an improved flexibility of national authorities with respect to international considerations.

The solutions proposed by international and regional organisations until now raised conflicting opinions among member States. However, they can provide some interesting hints for the future development of international satellite communications.

The first level of cooperation does not imply any kind of transfer of sovereignty or right over telecommunications to another body: States may try to increase the transparency of their

current national regulations, and international consultation could help the exchange of information. A more open attitude of States could lead to the creation of discussion *fora*, as happened with ITU during the WTPF. International organizations as ITU could constitute the point of contact among authorities, where the needs of different countries can be discussed and agreements reached; developing countries could become part of the globalisation process and not just be 'absorbed' by it, while the space faring countries would have an easier access to different national markets.

The European One-Stop-Shopping procedure could be another way to develop a transparent and clear licensing procedure. The adoption of the OSS by an international organisation as the ITU could foster the harmonisation of procedures and the introduction of international equipment standards. The Shop, creating a stronger coordination among countries, could facilitate the adoption of common policies and guidelines and, as a further step, even lead to the mutual recognition of ground segment licenses.

The above-mentioned solutions, however, take into consideration only the ground segment licensing, while the space segment licensing, responsibility of only one country, is already regulated by the ITU allocation and assignment procedures, and does not need further cooperation. Nevertheless, space segment licensing for systems covering great part of the world, such as the GMPCS, affect the development of telecom policies and systems in other countries and should be the object of a deeper coordination process. It is not possible to ask for a more cooperative approach to earth segment licensing while at the same time not taking into account the interests of other States during the space-segment licensing.

If there were the political will to pursue the creation of a global authority, then greater coordination and harmonisation would be the potential rewards.

Outer space and its resources have long been a key point in the politics of the major actors in the international scene and the freedom of outer space was accepted by the international community. Today the world role of outer space has changed. Scientific investigation lost part of its prestige to become more commercially oriented. The economic potentials of space have been

noticed not only by States but also by private companies. The receding of ideology, replaced by a more ''western'' vision of society and economy, has brought about a process of liberalisation, commercialisation and privatisation of space activities.

The outstanding growth of space applications, and of the number of subjects participating, or willing to participate, in them, creates a complex framework of international and national law. In the case of space telecommunications, moreover, there is a special need for harmonised legislation to regulate and to co-ordinate the operations of communication satellites. The creation of a world space organisation has been proposed by several authors, but this project has always been considered unfeasible for economic and political reasons. However, the creation of a space authority (or of a space telecommunications authority) dealing, at the same time, with the principles of space law and the frequency/orbit co-ordination procedures, would be the ideal solution to the different concerns troubling private and public operators today.

At the regional level, in the European Union, the project to implement a European Regulatory Authority was under the scrutiny of member countries and European institutions, and has been regarded as a real possibility rather than a pipedream. Many consider it to be a necessary step to ensure that the European directives are implemented in a way which achieves their objectives, something that does not always happen in European countries and which is also one of the major concerns of the interested parties in this sector also at the global level. An ERA could be involved in licensing procedures for companies operating across Europe, eliminating the need for multiple licensing.

At the international level, the ITU is probably the most suitable body to conduct a genuine reorganisation and harmonisation of the sector. Its shortcoming is principally its lack of truly binding authority, which could be overcome only by entrusting the Union with new functions and powers, going beyond the traditional task of efficient management of the radio spectrum and orbits. The ITU could directly authorise the deployment of those systems world-wide, while the national agencies, through domestic legislations, would have the authority to enforce the ITU provisions against national companies.

Accepting the possibility that the quest for such interna-

tional cooperation might not be successful, telecommunication providers wishing to operate a global mobile telecommunications system will still be obliged to reach an agreement with all the governments to whose territory the service is destined. Thus, instead of international organisations, there will probably be international alliances, and the decisions will pass from the public authorities to the private companies. In the aviation sector, strategic alliances are common practice: companies agree among them on a coordination of their services, with the main purposes to benefit of economies of scale, to enter new markets and thus extend their network. There is not a unique airline providing services all over the world, but alliances create as well a global framework.

The importance of global mobile satellite telecommunications services with all probability will grow in the next future, even though new and more advanced systems will find their place. As mentioned, there will be systems utilising at the same time GSO and NGSO satellites, the range of services provided will be larger and even the organisational structure of the companies will probably be different. However, the regulatory environment will constitute a major issue that telecommunications operators will have always to deal with.

XXI.

VITTIME E RISARCIMENTO DEL DANNO: L'ESPERIENZA DELLA CORTE INTERAMERICANA DEI DIRITTI DELL'UOMO

DI

MICHELANGELA SCALABRINO

Professore associato nell'Università Cattolica del Sacro Cuore

SOMMARIO: 1. Il concetto di vittima potenziale fino al caso *Suárez Rosero c. Ecuador* (1997). — 2. Il risarcimento del danno nel caso *María Elena Loayza Tamayo c. Perù*. — 3. Il concetto di vittima nei casi *Villagrán Morales y otros c. Guatemala* e *Bámaca Velásquez c. Guatemala*. — 4. (*Segue*): vittime, obbligazioni positive, diritti economici e sociali e diritto alla vita: la sentenza *Villagrán Morales y otros* e l'ordinanza 18 agosto 2000 nel *Caso de los Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana*. — 5. Il concetto di vittima potenziale nel caso *Barrios Altos c. Perù*. — 6. Dal risarcimento dei danni materiali e morali alla riabilitazione delle vittime: la sentenza 26 maggio 2001 nel caso *Villagrán Morales y otros*. — 7. Conclusioni.

1. Come è stato osservato (1), « *no international system for protection of human rights asks more of law, and less of diplomatic and political support, than does the Inter-American system. The Inter-American Court wields the most ambitious legal remedies: in contentious cases its orders are binding, and it can require the full range of reparations allowable by international law* » (2).

Questo scritto è dedicato a Carolina Mayda Loayza Tamayo, professore di diritto internazionale nell'Università di Lima e avvocato.

La giurisprudenza è aggiornata al 26 maggio 2001.

(1) CASSEL, *Peru Withdraws from the Court: Will the Inter-American Rights System Meet the Challenge*, in *HRLJ*, 1999, p. 169, ma anche RATNER, *Judging the Past: State Practice and the Law of Accountability*, in *EJIL*, 1998, pp. 412-420 e segnatamente p. 416 e SHELTON, *Private Violence, Public Wrongs, And The Responsibility of States*, in *Fordham Int'lLJ*, 1989-90, pp. 1-34 e segnatamente p. 3.

(2) Conformemente, MEDINA QUIROGA, *The Battle of Human Rights*, Martinus Nijhoff, 1988, pp. 173-174. Secondo CASSEL, *op. loc. cit.*, p. 173, « *the only other human rights court established by treaty, in operation, and granted binding remedial powers comparable to those of the Inter-American Court, appears to be the Human Rights Chamber for Bosnia and Herzegovina* ». L'art. XI.1 dell'Allegato VI al Trattato di Daytona dispone infatti « *Following the conclusion of the proceedings, the chamber shall promptly issue a decision, which shall address:* a) *whether the facts found indicate a breach by the Party concerned of its obligations under this Agreement; and if so* b) *what steps shall be taken by the Party to remedy such breach, including orders to cease and desist, monetary relief (including pecuniary and non-pecuniary injuries), and provisional measures* ». L'analisi della giurisprudenza sul sito

Nessuna ammirazione accompagna tuttavia questa affermazione, anzi: per la coscienza giuridica occidentale, anche (3) nell'ampiezza dei poteri della Corte (4) sta infatti l'epifania di un sistema votato per natura all'insuccesso, frutto di una smisurata ambizione tutta teorica e perciò in nulla concreta.

L'indiscusso primato del sistema di Strasburgo, sia quanto alla giurisdizionalizzazione delle controversie individuo-Stato che quanto al numero e qualità delle sentenze prodotte ne esce quindi evidenziato: i precedenti giurisprudenziali europei fanno il giro del mondo (5), sono citati in ogni sede, compresa quella della Corte Interamericana.

---

http://www.gwd.de/~ujvr/hrch/hrch.htm mostra tuttavia che delle 292 comunicazioni decise sulle 3499 presentate fino al 31 dicembre 1999, solo 9 riguardavano il risarcimento del danno. Di queste, solo 3 (decisione 16 marzo 1998 sul caso *Sretko Damjanovic c. Federazione Bosnia-Erzegovina* [CH/96/30]; 14 luglio 1998 sul caso *Rifat Bejdic c. Repubblica Srpska* [CH/96/27] e 15 luglio 1998 sul caso *Milivoje Bulatovic c. Stato Bosnia-Erzegovina e Federazione Bosnia-Erzegovina* [CH/96/22]) hanno attribuito in fatto un risarcimento.

(3) Si vedano altresì CORBERA, *In the Wrong Place, at the Wrong Time: Problems with the Inter-American Court of Human Rights Use of Contentious Jurisdiction*, in *Vand. J. Transnat'lL.*, 1992-93, pp. 919-950; COSGROVE, *Protecting The Protectors: Preventing The Decline Of The Inter-American System For The Protection Of Human Rights*, in *Case W. Res. J. Int'lL*, 2000, pp. 39-78 e segnatamente pp. 49-60; FARER, *The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox*, in *HRQ*, 1997, pp. 510-546, e le sue critiche alla Commissione, e MEDINA, *The Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights: Reflexions on a Joint Venture*, in *HRQ*, 1990, pp. 439-464.

(4) Dei quali, con riguardo alla funzione consultiva, essa è pienamente consapevole: « *la función consultiva que confiere a la Corte el artículo 64 de la Convención es única en el derecho internacional contemporáneo... ni la Corte Internacional de Justicia ni la Corte Europea de Derechos Humanos han sido investidas con la amplia función consultiva que la Convención ha otorgado a la Corte Interamerica* »: così OC 3-83, A 3, dell'8 settembre 1983 « *Restricciones a la pena de muerte* », § 43, sulla quale si veda in dottrina MOYER and PADILLA, *Executions in Guatemala as Decreed by the Courts of Special Jurisdiction in 1982-83: A Case Study*, in *HRQ*, 1984, pp. 507-520. Analogamente, si veda anche l'op. diss. di Cançado Trindade annessa alla sentenza sul risarcimento del danno nel caso *Caballero Delgado y Santana c. Colombia*, *infra* citata.

(5) Si veda il titolo paradigmatico della più recente opera di TOMASEVSKI, *From Europe, To EUrope And To EMUrope: Whither Economic and Social Rights?*, in *Rendering Justice to the Vulnerable, Liber Amicorum in Honour of Theo van Boven*, Coomans, Grünfeld, Westendorp and Willems eds., Kluwer, 2000, pp. 277-288.

Ben nota anch'essa all'occidente, una favola (6) ci invita nondimeno alla prudenza e ci insegna che città intere possono inneggiare alla bellezza dei vestiti dell'imperatore pur vedendolo sfilare nudo in regale corteo, e che solo ai bambini viene in mente, per l'ingenuità biomentale che li affligge, di dire ad alta voce « l'imperatore è nudo ».

Rovesciando il discorso ma non la metodologia, non solo non mi spiace, ma anzi m'interessa, d'essere io il bambino e di vedere se il sistema latinoamericano, nelle sue più recenti evoluzioni giurisprudenziali, sia davvero « nudo » come si dice.

Iniziamo dunque dal concetto di vittima potenziale.

La giurisprudenza europea, è innegabile, ha esplorato la nozione di vittima fino alle sue ultime, estreme propaggini. Vittima diretta, vittima indiretta, ma anche vittima potenziale (7): concetti ormai chiari e chiaramente radicati nella prassi della nostra Corte. L'interpretazione dinamica del vecchio art. 25 Cedu nasce dal contenzioso individuale, per *living jurisprudence*.

Nel sistema latinoamericano, la necessità di determinare l'ambito soggettivo d'applicazione del Patto *in rapporto a leggi non ancora applicate* si manifesta invece solo dopo che la giurisprudenza consultiva della Corte ha già chiarito in più di un'occasione la relazione tra leggi interne (8) ed art. 2 della Conven-

---

(6) Si tratta de « Il vestito nuovo dell'imperatore » di H.C. Andersen. Per GALLOTTI, *Il vestito nuovo dell'imperatore*, in *Individuazione*, 1996, p. 10, « il bambino è, come asserisce la fiaba, la ''voce dell'innocenza'', dove però innocenza sta per la capacità d'incidere sulla situazione di fatto, in virtù di una libertà da pregiudizi e convenzioni di cui può godere soltanto chi si riconosce a sua volta nudo come l'imperatore, e si rende conto che in realtà ciascuno di noi non ha in fondo veramente nulla ».

(7) Mi sia permesso richiamare il mio *Il controllo sull'applicazione della Cedu alla vigilia dell'entrata in vigore dell'XI Protocollo. In particolare: il ricorso individuale e le condizioni di ricevibilità*, Urbino, 1998, pp. 117-124.

(8) Si veda così ad esempio OC 14-94, A 14, del 9 dicembre 1994 « *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* », §§ 31-32: « *la primera pregunta planteada por la Comisión se refiere a los efectos jurídicos de una ley que manifiestamente viole las obligaciones contraídas por el Estado al ratificar la Convención. Al contestar la pregunta la Corte entenderá la palabra ''ley'' en su sentido material y no formal... Implícitamente, esta pregunta viene a referirse a la interpretación de los artículos 1 y 2 de la Convención que establecen el compromiso de los Estados de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sometida a su jurisdic-*

zione (9) ed altrettanto chiariti sono, nel silenzio del trattato, i rapporti tra consultivo e contenzioso dentro questo problema (10).

Quando il primo caso di merito (11) s'affaccia all'analisi del Collegio, ecco infatti i precedenti (12) con i quali questo è confrontato.

Un primo principio risale addirittura all'OC 4-84: poiché

---

ción y a adoptar, en su caso, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades ». La distinzione tra competenza consultiva *ex* art. 64 (1) e (2) del Patto quando sia coinvolta una legge interna dello Stato è meramente processuale, essendo obbligatoria, nel caso del c.1, la notifica della domanda agli altri Stati e non trovando invece luogo tale requisito nel caso del 2.c. « *La única diferencia importante entre las opiniones tramitadas según el artículo 64.1 y las que lo son según el artículo 64.2, es de procedimiento. Según el artículo 52 del Reglamento, en este último caso no es indispensable cumplir con el sistema de notificaciones previsto para el primero, sino que se deja a la Corte un amplio margen para fijar las reglas procesales de cada caso, en previsión de que, por la propia naturaleza de la cuestión, la consulta deba resolverse sin requerir puntos de vista externos a los del Estado solicitante* »: così OC 4-84, A 4, del 19 gennaio 1984, « *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización* », § 17.

(9) « *Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades* ».

(10) Cfr. ad esempio OC 3-83, *cit.*, § 24: « *la Corte reconoce, desde luego, que el interés de un Estado puede ser afectado de una manera o de otra por una interpretación dada en una opinión consultiva. Por ejemplo, una opinión consultiva puede debilitar o fortalecer la posición legal de un Estado en una controversia actual o futura. No obstante, los intereses legítimos de un Estado en el resultado de una opinión consultiva están adecuadamente protegidos por la oportunidad que se le da en el Reglamento de participar plenamente en estos procedimientos y de hacerle saber a la Corte sus puntos de vista sobre las normas legales que van a ser interpretadas así como cualquier objeción de pudiere tener (artículo 52 del Reglamento)* ».

(11) *El Amparo c. Venezuela*: sentenza C 19 del 18 gennaio 1995 sul merito e C 28 del 14 settembre 1996 sul risarcimento. Il caso trae la denominazione con la quale è comunemente noto dal nome del villaggio teatro dell'eccidio di quattordici pescatori.

(12) Sulle competenze della Corte ed i loro reciproci rapporti vedi in dottrina CANÇADO TRINDADE, *Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Level)*, in *Rec. Cours*, 1987, 202, pp. 9-435 e segnatamente pp. 201-206; CANÇADO TRINDADE, *A proteção internacional dos dereitos humanos*, São Paulo, 1991, pp. 26-29; DAVIDSON, *The In-*

funzione della competenza consultiva è quella di « *ayudar a los Estados y órganos a cumplir y a aplicar tratados en materia de derechos humanos, sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracteriza el proceso contencioso* (13), *abstenerse de atender la solicitud de un Gobierno porque se trate de "proyectos de ley" y no de leyes formadas y en vigor, podría, en algunos casos, equivaler a forzar dicho Gobierno a la violación de la Convención, mediante la adopción formal y posiblemente la aplicación de la medida legislativa, para luego acudir a la Corte en busca de la opinión* » (14).

Il contesto nel quale la « legge » (15) si colloca è chiaro, ed è costituito dal duplice obbligo internazionale degli Stati di rispettare il Patto (16). L'analisi tuttavia si ferma qui: nessun riferimento è fatto all'individuo, anche se, si afferma, l'interpretazione della Convenzione deve essere quanto più favorevole a quest'ultimo (17).

---

ter-American Court of Human Rights, Aldershot, 1992, pp. 99-129 e MEDINA QUIROGA, *op. cit.*, pp. 174-182.

(13) Così § 19, ma già anche l'OC 1-82, A 1, del 24 settembre 1982, « *Otros Tratados* » *- Objeto de la Función Consultiva de la Corte*, § 25.

(14) *Ibidem*, §§ 18-19 e 26-27: « *La experiencia indica, además, que después de que una ley ha sido promulgada debe pasar no poco tiempo antes de que pueda ser derogada o anulada, aun cuando hubiere sido determinado que viola las obligaciones internacionales del Estado* » e in OC 13-93, A 13, del 16 luglio 1993, « *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* », § 20. Sulle prime opinioni consultive, si veda BUERGENTHAL, *The Advisory Practice of the Inter-American Human Rights Courts*, in *Am. J. Int'lL*, 1985, pp. 1-28.

(15) In riferimento all'art. 30 del Patto, il concetto di legge è invece interpretato in senso restrittivo ed è identificato nei soli atti emanati dal potere legislativo nelle forme previste dalle costituzioni nazionali. Cfr. OC 6-86, A 6, del 9 maggio 1986, « *La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* », §§ 20-27. Sul concetto sostanziale di legge ivi adottato dalla Corte, vedi NIETO NAVIA, *Democracia y bien común como marco para los derechos humanos*, in *Revista IIDH*, 1990, 12, pp. 45-61.

(16) Obbligo diretto di applicare il Patto (art. 1.1: *Obligación de Respetar los Derechos - Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*) ed obbligo di non emanare o di abrogare leggi interne incompatibili con lo stesso (art. 2 *cit.*).

(17) Così § 24, ma anche l'OC 1-82, *cit.*, § 25, e l'OC 3-83, *cit.*, contenevano già la medesima affermazione, fondata sull'art. 29 del Patto.

Nondimeno, alla Corte già non è sfuggito (18) che il rispetto dei diritti individuali può essere vanificato quando uno Stato radichi una richiesta d'opinione consultiva tendente in realtà a « *desvirtuar* » la giurisdizione contenziosa su casi già sottoposti alla Commissione e quindi ad evitare una sentenza di condanna ragionevolmente certa e l'obbligo conseguente del risarcimento del danno (19). A tale proposito, anzi, essa ha già sottolineato che la giurisdizione consultiva costituisce un sistema parallelo a quella contenziosa ed ha così lasciato intendere che quest'ultima detiene il ruolo più importante per il rispetto dei diritti garantiti (20).

---

(18) Cfr. OC 3-83, *cit.*, § 36.

(19) Così § 27: « *no significa que se puedan presentar como solicitudes de opinión consultiva casos contenciosos encubiertos* », ma già in OC 3-83, *cit.*, § 32: « *en un procedimiento contencioso, la Corte debe no sólo interpretar las normas aplicables, establecer la veracidad de los hechos denunciados y decidir si los mismos pueden ser considerados como una violación de la Convención imputable a un Estado Parte, sino también, si fuera del caso, disponer que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, en el entendido de que los Estados Partes en este proceso están sujetos a cumplir obligatoriamente el fallo de la Corte* ». Ed infatti qualche anno più tardi la Corte rifiuta di rendere l'opinione consultiva chiesta dal Costa Rica su un progetto di legge proprio (cfr. OC 12-91, A 12, del 6 dicembre 1991 « *Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* ») poiché la Commissione, richiesta di fornire informazioni al riguardo, ha reso edotta la Corte del fatto che pendono nove ricorsi individuali contro lo Stato domandante, di cui uno già deciso senza successivo adempimento. Per converso, se la richiesta dell'opinione consultiva sia formulata dalla Commissione, a nulla rileva l'attuale pendenza di casi davanti a questa. « *En el ejercicio de sus atribuciones la Comisión debe aplicar la Convención u otros tratados sobre derechos humanos. Para desempeñar esta función a cabalidad puede encontrar necesario o conveniente consultar a la Corte acerca del significado de ciertas disposiciones, sin que la circunstancia de que en un momento dado exista una diferencia de interpretación entre un Estado y la Comisión, sea óbice para que ésta pueda acudir a la función consultiva de la Corte. En efecto, si se le impidiera a la Comisión solicitar una opinión consultiva simplemente porque uno o más gobiernos se encuentren involucrados en una disputa con la Comisión sobre la interpretación de una disposición, muy rara vez podría ésta valerse de la competencia consultiva de la Corte* »: così OC 3-83, *cit.*, § 38.

(20) Quando assolve a funzioni consultive, « *la Corte cumple una función asesora, de tal modo que sus opiniones no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa; la Convención, al permitir a los Estados Miembros y a los órganos de la OEA solicitar opiniones consultivas, crea un sistema paralelo al del artículo 62 y ofrece un método judicial alterno* »: così OC 3-83, *cit.*, §§ 35 e 43.

Nell'OC 14-94 l'orizzonte del problema si allarga, ma lo sfondo rimane naturalmente uguale.

Premesso che molte sono « *las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención* » (21), il Collegio osserva: « *una ley que entra en vigor no necesariamente afecta la esfera jurídica de personas determinadas: puede suceder* », infatti, « *que esté sujeta a actos normativos posteriores, al cumplimiento de ciertas condiciones o, llanamente, a su aplicación por funcionarios del Estado, antes de afectar esa esfera. O puede ser que, en cambio, las personas sujetas a jurisdicción de la norma se afecten por la sola vigencia de la misma* » (22).

Le pedine sono tutte sullo scacchiere (23): si tratta di decidere il gioco.

E infatti si decide: le norme di « applicazione immediata » potranno essere valutate dalla Corte in sede contenziosa ma solo eccezionalmente (24); regola generale della Convenzione è infatti che « *en el ejercicio de su competencia contenciosa* » la Corte si occupi di leggi che già hanno « *afectado los derechos y libertades*

---

(21) OC 13-93, *cit.*, § 26.

(22) « *A estas últimas normas y a falta de mejor denominación, la Corte las llamará "leyes de aplicación inmediata" en el curso de esta opinión* »: OC 14-94, *cit.*, § 41.

(23) Si veda anche MÉNDEZ, VIVANCO y KRSTICEVIC, *Amicus Curiae sobre la interpretación del artículo 4 y párrafo 2 (in fine) y párrafo 3 de la Convención Américana de Derechos Humanos OC-14*, in *Revista IIDH*, 1993, 18, pp. 29-44.

(24) OC *ult. cit.*, §§ 44-45: « *cuando se trate de aquellas normas que solamente violan los derechos humanos cuando se aplican, para evitar que tales violaciones se consumen, la Convención contempla los mecanismos de las medidas provisionales. La razón de que la Comisión no pueda someter a la Corte casos de leyes que no sean de aplicación inmediata y que aún no hayan sido aplicadas, es que, conforme al artículo 61.2 de la Convención, para que la Corte pueda conocer de cualquier caso, es necesario que sean agotados los procedimientos previstos en los artículos 48 a 50 y para que esos procedimientos puedan ser iniciados es indispensable que la Comisión reciba una comunicación o petición que contenga una denuncia o queja de una violación concreta de derechos humanos respecto de individuos determinados* ».

protegidos de individuos determinados » (25). Pensi piuttosto e quindi la Commissione a « *recomendar al Estado la derogación o reforma de la norma violatoria, y para ello es suficiente que tal norma haya llegado por cualquier medio a su conocimiento, haya sido o no aplicada en un caso concreto* » (26).

La Corte si affretta nondimeno a ribadire che gli Stati membri non possono adottare provvedimenti che violino i diritti garantiti dal Patto, cita la giurisprudenza europea (27) ma nessun esempio concreto di legge d'applicazione immediata viene offerto, se non quello di un generico provvedimento discriminatorio (28).

La giurisdizione contenziosa è così (apparentemente) favorita e con essa il risarcimento del danno; di fatto, tutte le leggi (29), prime fra tutte le *Leyes de amnistía* e *de autoamni-*

---

(25) « *La jurisdicción contenciosa de la Corte se ejerce con la finalidad de proteger los derechos y libertades de personas determinadas y no con la de resolver casos abstractos... La Comisión sí podría hacerlo y en esa forma daría cumplimiento a su función principal de promover la observancia y defensa de los derechos humanos. También podría hacerlo la Corte en ejercicio de su función consultiva en aplicación del artículo 64.2 de la Convención* »: *ibidem*, § 49. Polemicamente, Cançado Trindade definisce questo passo (terza op. diss. annessa al caso *El Amparo*) un *obiter dictum*.

(26) *Ibidem*, §§ 38-39, ma già anche in OC 13-93, *cit.*, § 30.

(27) Sfugge peraltro la sentenza A 259 del 22 aprile 1993, *Modinos c. Cipro*, che rappresenta il caso più importante e significativo di applicazione del concetto di vittima potenziale.

(28) « *Así una norma que despojara de algunos de sus derechos a una parte de la población, en razón, por ejemplo, de su raza, automáticamente lesiona a todos los individuos de esa raza* »: OC *ult. cit.*, § 40.

(29) « *Temo que la tesis, seguida últimamente por la Corte, pueda haber estado conllevando a la impunidad de los responsables materiales e intelectuales, así como de los encubridores, de actos violatorios de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana. Esta última, a la par de otros tratados de derechos humanos, fueron concebidos y adoptados con base en la premisa de que los ordenamientos jurídicos internos deben armonizarse con las disposiciones convencionales, y no viceversa. En definitivo no se puede legítimamente esperar que dichas disposiciones convencionales se "adapten" o se subordinen a las soluciones de derecho constitucional o de derecho público interno, que varían de país a país, y aún menos a ordenamientos particularmente circunscritos, y de aplicación por definición especial o limitada, como lo son las legislaciones militares y relativas a los fueros militares. La Convención Americana, además de otros tratados de derechos humanos, buscan,* a contrario sensu, *tener en el derecho interno de los Estados Partes el efecto de perfeccionarlo, para maximizar la protección de los derechos consagrados, acarreando, en este*

stía (30), che violano per sé diritti individuali dovranno venir sottoposte alla Corte caso per caso: l'onere dell'azione graverà

---

propósito, siempre que necesario, la revisión o revocación de leyes nacionales — particularmente las de excepción — que no se conformen con sus estándares de protección »: così seconda op. diss. di Cançado Trindade nel caso *El Amparo*.

(30) Un forte richiamo al problema è contenuto ancora nell'opinione concorrente dei Giudici Cançado Trindade e Abreu Burelli annessa alla sentenza *Loayza Tamayo c. Perú*, risarcimento, *infra cit.*, §§ 2 e 4. Integralmente dedicata alle *Leyes de Amnistía* peruviane, ma anche al problema nella sua globalità, la pronunzia 15 marzo 2001 ancora senza numero, nel caso *Barrios Altos - Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú* (sulla quale infra, § 5) e il voto concorrente annesso del Presidente Cançado, che definisce le *leyes de amnistía* come « *nada más que una aberración, una afrenta inadmisible a la conciencia jurídica de la humanidad* ». Tra la molta letteratura in materia e sulle Commissioni per la Verità Storica, si vedano ACUÑA and SMULOVITZ, *Guarding the Guardians in Argentina: Some Lessons about the Risks and Benefits of Empowering the Courts*, in *Transitional Justice and the Rule of Law in New Democracies*, McAdams ed., Univ. of Notre Dame Press, 1997, pp. 93-122; ALTOLAGUIRRE, *Alcances y limitaciones de la Comisión para el Esclarecimiento Histórico de las Violaciones a los Derechos Humanos y los Hechos de Violencia que han Causado Sufrimiento a la Población Guatemalteca*, in *Guatemala after the Peace Accords*, Sieder ed., Institute of Latin American Studies, London, 1998, pp. 153-172; AMBOS, *Impunity in International Criminal Law - A Case Study on Colombia, Perú, Bolivia, Chile and Argentina*, in *HRLJ*, 1997, p. 1 ss.; CASSEL, *Lecciones de las Américas: lineamientos para una respuesta internacional ante la amnistía de atrocidades*, in *Revista IIDH*, 1996, 24, pp. 277-323; CORREA SUTIL, *« No Victorious Army Has Ever Been Prosecuted »: The Unsettled Story of Transitional Justice in Chile*, in *Transitional Justice...*, *cit.*, pp. 123-154; LA RUE, *The Right to Truth and the Right to Justice as Preconditions for the Rule of Law*, in *Guatemala after...*, *cit.*, pp. 173-180; MAYORGA, *Democracy Dignified and an End to Impunity: Bolivia's Military Dictatorship on Trial*, in *Transitional Justice...*, *cit.*, pp. 61-92; MICHELINI, *El largo camino de la Verdad*, in *Revista IIDH*, 1996, 24, pp. 157-172; NORRIS, *Leyes de impunidad y los derechos humanos en las Américas: una respuesta legal*, in *Revista IIDH*, 1992, 15, pp. 47-121; ORENTLICHER, *Setting Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime*, in *Yale LJ*, 1991, p. 2357 ss.; PASQUALUCCI, *The Whole Truth and Nothing but the Truth: Truth Commissions, Impunity and the Inter-American Human Rights System*, in *Boston Univ. Int'lLJ*, 1994, pp. 255-320; POPKIN, *Guatemala's National Reconciliation Law: Combatting Impunity or Continuing It?*, in *Revista IIDH*, 1996, 24, pp. 173-184; RONIGER and SZNAJDER, *The Legacy of Human Rights Violations in the Southern Cone, Argentina, Chile, and Uruguay*, Oxford Univ. Press, 1999, pp. 91-108; WIESSNER and WILLARD, *Policy-Oriented Jurisprudence and Human Rights Abuses in International Conflict: Toward a World Public Order of Human Dignity*, in *Am. J. Int'lL*, 1999, pp. 330-333; WILSON, *The Politics of Remembering and Forgetting in Guatemala*, in *Guatemala after*, *cit.*, pp. 181-195; ZALAQUETT, *Derechos humanos y limitaciones políticas en las transiciones democráticas del Cono Sur*, in *Revista IIDH*, 1991, 14, pp. 91-136; ZALAQUETT, *Balancing Ethical Imperatives and Political*

dunque anzitutto sui ricorrenti individuali (31) e sulla Commissione (32). E così infatti avviene, appunto, nel caso *El Amparo*.

Con rigore tecnico tanto formalmente ineccepibile quanto sospetto, il Collegio non coglie l'occasione che gli si presenta (33), non si allontana dalla via già segnata (34) e ribadisce la propria posizione anche nella pronunzia sul risarcimento (35), con pieno accoglimento delle argomentazioni dello Stato.

La norma di cui la Commissione chiede una declaratoria

Constraints: The Dilemma of New Democracies Confronting Past Human Rights Violations, in *Hastings LJ*, 1992, pp. 1425-1438 e WRIGHT, *Human Rights in Latin America: History and Projections for the Twenty-First Century*, in *California Western Int'lLJ*, 2000, pp. 303-321. CASSEL, *op. loc. ult. cit.*, pp. 281-282, segnala che leggi di amnistia e di autoamnistia erano state emanate, al 1996, in undici paesi del Continente.

(31) VALLADARES, *The Facts Speak for Themselves*, in *Human Rights Watch/Americas*, 1994, 234, nota correttamente che « *it is patently unfair that only those whose cases are before the Inter-American Court should receive economic reparations, and that all the proven cases of disappearances should receive economic reparations* ».

(32) Nella domanda in Corte, la Commissione può infatti ampliare il *petitum* del ricorrente individuale sia sulla base di emergenze fattuali da essa stessa raccolte o già conosciute, sia in applicazione del principio « *jura novit curia* » e dei propri doveri istituzionali di controllo sull'osservanza del trattato.

(33) « *Tal como la veo, la Corte se encuentra hoy en una encrucijada, en lo que se refiere al punto planteado en el presente caso El Amparo: o sigue insistiendo, en relación con las leyes nacionales de los Estados Partes en la Convención Americana, en la ocurrencia de un daño resultante de su efectiva aplicación, como conditio sine qua non para determinar la incompatibilidad o no de aquellas leyes con la Convención, o decide proceder a dicha determinación, y de sus consecuencias jurídicas, a partir de la propia existencia y aplicabilidad de las leyes nacionales, y a la luz del deber de prevención que incumbe a los Estados Partes en la Convención Americana. Esta última es la tesis que sostengo, con base en las consideraciones expuestas en mis Votos Disidentes en los casos El Amparo* »: così il § 12 della terza op. diss. di Cançado Trindade, sulla quale *infra*.

(34) Nel *voto razonado* annesso, il neoeletto Giudice Cançado Trindade sottolinea garbatamente che la dichiarazione di responsabilità a carico dello Stato non esime la Corte dal pronunziarsi sull'incompatibilità di alcune norme interne con la Convenzione. La circostanza è evidenziata anche da PASQUALUCCI, *op. loc. cit.*, p. 334.

(35) CANÇADO TRINDADE, *The Consolidation Of The Procedural Capacity Of Individuals In The Evolution Of The International Protection Of Human Rights: Present State And Perspectives At The Turn Of The Century*, in *Colombia HRLR*, 1998, pp. 1-27, sottolinea nondimeno la partecipazione personale dei superstiti delle vittime, a propria volta vittime dirette ed indirette delle fattispecie dedotte in giudizio, al giudizio sul risarcimento, per la prima volta nella storia della Corte. La

d'incompatibilità non è stata applicata alla fattispecie (36); la giurisdizione contenziosa non è chiamata ad esprimersi su questioni astratte o teoriche, bensì unicamente sui dati concreti e rilevanti di una fattispecie; l'OC 14-94 è il solo precedente richiamato: « *de acuerdo con lo expresado* », la Corte « *se abstiene* » pertanto (37) « *de pronunciarse en abstracto sobre la compatibilidad del Código de Justicia Militar de Venezuela y sus reglamentos e instrucciones con la Convención Americana, y por lo tanto no cabe ordenar al Estado de Venezuela la reforma solicitada por la Comisión* ».

Danno e vittima sono correlati in una costruzione integralmente deduttiva, che finisce per negare l'autonomia stessa della nozione di vittima: poiché se non esiste danno, non esiste vittima, non esiste vittima senza danno.

Il Giudice Cançado Trindade annette alla sentenza un'opinione apertamente dissidente. Non si tratta di operare valutazioni teoriche ed astratte, bensì di riconoscere che talora le norme di uno Stato possono violare la Convenzione anche se non sono state applicate, in quanto applicabili (38): per un tribunale sui

---

sua battaglia per un pieno *locus standi* della vittima ha portato al nuovo Regolamento della Corte, adottato il 24 novembre 2000 ed entrato in vigore il 1° giugno 2001, il quale prevede all'art. 23 la possibilità di partecipazione processuale autonoma del ricorrente a tutte le fasi del processo, e non solo a quella relativa al risarcimento. A questa norma fanno eco gli artt. 43 (3) e 44 del nuovo Regolamento della Commissione, entrato in vigore il 1° maggio 2001, che prevedono il coinvolgimento dei ricorrenti nel procedimento decisionale relativo alla sottoposizione del ricorso individuale alla Corte. Sul nuovo Reg. Corte, si veda CANÇADO TRINDADE, *El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000): la emancipación del ser humano como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos*, in *Revista IIDH*, 2001, 30-31, pp. 45-71 e su quello della Commissione cfr. MÉNDEZ, *Consideraciones sobre la reforma del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, *ibidem*, pp. 73-77.

(36) Tra altre misure risarcitorie non pecuniarie, la Commissione aveva infatti chiesto che la Corte ordinasse allo Stato l'abrogazione dell'art. 54 (2) e (3) del codice militare venezuelano, il quale conferiva al Presidente della Repubblica, in quanto capo delle forze armate, il potere di « *ordenar que no se abra juicio militar en casos determinados, cuando así lo estime conveniente a los intereses de la Nación* » e di « *ordenar el sobreseimiento de los juicios militares, cuando así lo juzgue conveniente, en cualquier estado de la causa* ».

(37) Così §§ 50-62.

(38) « *Una ley puede* per se *configurarse incompatible con la Convención en la medida en que, por ejemplo, inhiba el ejercicio de los derechos protegidos, aún en*

diritti umani, assurdo sarebbe restringere il concetto di vittima a quanti abbiano già subìto una violazione più o meno grave dei propri diritti fondamentali (39). Al dovere di tutela è strettamente connesso il dovere di prevenzione (40): basta che una fattispecie lesiva possa verificarsi. « *Por consiguiente* », anche « *en el ejercicio de la competencia contenciosa, la Corte puede determinar, a solicitud de una parte, la incompatibilidad o no de una ley interna y que por su propia existencia afecta los derechos protegidos con la Convención en las circunstancias del caso concreto* » (41).

Considerazioni identiche sono ripetute con uguale insucces-

---

la ausencia de una medida de aplicación. Una ley puede per se *revelarse incompatible con la Convención en la medida en que, por ejemplo, no imponga limites precisos al poder discrecional atribuído a las autoridades públicas de interferir en el ejercicio de los derechos protegidos. Una ley puede* per se *mostrarse incompatible con la Convención en la medida en que, por ejemplo, dificulte las investigaciones en curso, u ocasione obstrucciones en el proceso judicial, o conlleve a la impunidad de los responsables por las violaciones de los derechos humanos. El cuestionamiento de la compatibilidad con la Convención de la vigencia de una ley que* per se *crea una situación legal que afecta los derechos humanos protegidos es una cuestión concreta. En mi entendimiento, es la existencia de víctimas la que provee el criterio decisivo para distinguir el examen simplemente* in abstracto *de una disposición legal, de la determinación de la incompatibilidad de dicha disposición con la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el marco de un caso concreto, como el de El Amparo. La existencia de víctimas torna jurídicamente inconsecuente la distinción entre la ley y su aplicación, en el contexto del caso concreto* »: così §§ 7-8.

(39) « *Un órgano de protección internacional de los derechos humanos no debe, a mi juicio, partir de la premisa de que una ley, por su propia existencia, "no ha afectado aún" los derechos protegidos, debiéndose por lo tanto aguardar medidas de ejecución que acarreen la ocurrencia de un daño* »: così § 11.

(40) « *La reconocida contribución de la Corte, en sus Sentencias sobre el fondo en los casos Velásquez Rodríguez y Godínez Cruz, consistió sobre todo en haber afirmado el triple deber de los Estados Partes de prevenir, investigar y sancionar, en relación con las violaciones de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana, y en haber relacionado las violaciones de los artículos 7, 5 y 4 de la Convención con el incumplimiento del deber general de garantizar los derechos protegidos (artículo 1 (1) de la Convención). Desde entonces, la combinación entre las obligaciones específicas en relación con cada derecho protegido y la referida obligación general del artículo 1 (1) de la Convención, se ha cristalizado en la* jurisprudence constante *de la Corte así como en la práctica de la Comisión* »: così il § 9 op. diss. del 16 aprile 1997.

(41) « *Aún más cuando toda la evolución del ordenamiento jurídico de protección se orienta y se inclina hoy día claramente en otro sentido* »: *ibidem*, §§ 10 e 11.

so nell'opinione dissidente annessa alla pronunzia sul danno nel caso *Caballero Delgado y Santana c. Colombia* (42) e nuovamente reiterate, in forma ancor più articolata, in quella annessa alla decisione sulla richiesta di revisione della sentenza *El Amparo* (43). Qui, anzi, la costruzione si fa più categorica: dall'accettazione statale della giurisdizione della Corte discende bensì la legittimazione di questa a decidere specifiche fattispecie, dentro ed alla luce dei dati peculiari di ciascuna di esse, ma nulla vieta alla Corte di accertare comunque la responsabilità oggettiva (44) del-

---

(42) Sentenza C 31 del 29 gennaio 1997.

(43) Ordinanza C 46 del 16 aprile 1997 *sobre la Solicitud de Revisión* della sentenza 14 settembre 1996: « *lamento no encontrar elementos de convicción que me permitan... acompañar la mayoría de la Corte, en la presente Resolución, en su conclusión de que lo dispuesto en el artículo 54 (2) y (3) del Código de Justicia Militar de Venezuela efectivamente no fue aplicado en el caso El Amparo, reiterando así lo señalado en los párrafos 57-58 de la mencionada Sentencia de Reparaciones. La conclusión de la Corte de que no fueron aplicadas aquéllas disposiciones de la legislación militar venezolana en el cas d'espèce, en su juicio la privaría,* a fortiori, *de proceder a la determinación de la incompatibilidad o no del citado artículo 54 (2) y (3) del Código de Justicia Militar con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Reitero mi disidencia de la mayoría de la Corte en este particular... Más que todo me preocupa... que no se reconozca que la propia existencia — y aplicabilidad — de una disposición legal (invocada en un caso contencioso en medio a la existencia de víctimas de violaciones de derechos humanos) pueda per se crear una situación que afecta directamente los derechos protegidos por la Convención Americana, en la medida en que, por ejemplo, inhiba el ejercicio de los derechos protegidos al dejar de imponer límites precisos al poder discrecional atribuído a las autoridades públicas de interferir en el ejercicio de las garantías judiciales plenas (artículos 25 y 8 de la Convención). Aunque la referida facultad discrecional del artículo 54 (2) y (3) no hubiera sido aplicada en el caso, su sola aplicabilidad sería, a mi modo de ver, suficiente para que la Corte procediera a determinar su incompatibilidad o no con la Convención Americana. La principal consecuencia directa de la decisión de la Corte, en la presente Resolución, de mantener su anterior determinación de los hechos en el caso El Amparo, reside, de conformidad con la posición por ella ya tomada, en su supuesta imposibilidad de proceder, en tales circunstancias, a la determinación de la incompatibilidad o no de disposiciones de una legislación militar nacional con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ésto porque, según su criterio, sólo podría hacerlo después que esta ley hubiera sido efectivamente aplicada en el caso concreto* »: così §§ 1-2 e 7.

(44) « *No me parece así haber duda de que, tanto un acto como una omisión, por parte de cualquier de los poderes del Estado — el Poder Legislativo no haciendo excepción — puede generar la responsabilidad internacional del Estado por violaciones de los derechos humanos convencionalmente consagrados, sin necesidad de la búsqueda de un elemento subjetivo adicional de falta (culpa), y de la calificación de*

lo Stato, che a questo deriva dall'emanazione o dal permanere (45) in vigore di leggi contrarie alla Convenzione, fonte di obbligazioni *erga omnes* (46).

La Corte non deve pertanto autolimitarsi (47), restringendo

---

aquel acto u omisión. La responsabilidad del Estado es, en este sentido, absoluta. Es perfectamente posible incursionar en el dominio del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, para identificar las bases conceptuales del deber de prevención de violaciones de derechos humanos. Más que posible, puede hacerse necesario. Esto porque tales violaciones constituyen igualmente violaciones de la obligación de protección — consagrada en tratados — impuesta por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y porque la responsabilidad internacional del Estado por dichas violaciones se rige a un tiempo por las normas de los tratados de derechos humanos así como los principios generales del derecho internacional »: così seconda op. diss. nel caso *El Amparo*, §§ 19-20. In dottrina vedi da ultimo BROWNLIE, *International Law At The Fiftieth Anniversary of The United Nations*, in *Rec. Cours*, 1995, 255, pp. 90-100.

(45) « *El Estado en cuestión debe remediar prontamente tal situación, pues, si no lo hace, puede configurarse una "situación continuada" violatoria de los derechos humanos. Es perfectamente posible concebir una "situación legislativa" contraria a las obligaciones internacionales de un determinado Estado (v.g., manteniendo una legislación contraria a las obligaciones convencionales de protección de los derechos humanos, o no adoptando la legislación requerida para dar efecto a tales obligaciones en el derecho interno). En este caso, el* tempus commissi delicti *se extendería de modo a cubrir todo el período en que las leyes nacionales permanecieron en conflicto con las obligaciones internacionales convencionales de protección, acarreando la obligación adicional de reparar los sucesivos daños resultantes de tal "situación continuada" durante todo el período en aprecio* »: *ibidem*, § 23; op. diss. annessa all'Ordinanza C 45 del 13 settembre 1997 sulla *Solicitud de Revisión* della sentenza di merito e risarcimento resa il 29 gennaio 1997 nel caso *Genie Lacayo c. Nicaragua*, § 16 e, da ultimo, caso *Barrios Altos*, *infra*, § 5.

(46) « *En la medida en que gradualmente se consolide la noción de obligaciones* erga omnes *en relación con los derechos humanos, se tornará cada vez más claro que no es necesario esperar por la ocurrencia de un daño (material o moral), subsiguiente a la violación original de un derecho protegido, por medio de la aplicación de una ley. Ésto porque la violación original, o sea, el incumplimiento de una obligación convencional atinente a cualquier de los derechos protegidos, acarrea* per se *e* ipso facto *la configuración o el surgimiento de la responsabilidad internacional del Estado* »: *ibidem*, § 30.

(47) « *La interpretación seguida por la Corte en casos contenciosos recientes se basa, a mi modo de ver, en una autolimitación, para mi incomprensible, del alcance de sus propias facultades de protección. Nada hay en la Convención Americana, ni tampoco en el Estatuto o Reglamento de la Corte, que determine que dicha autolimitación sea la única interpretación posible del alcance de sus facultades a la luz de los instrumentos jurídicos que rigen su funcionamiento. Todo al contrario, la interpretación que firmemente sostengo, autorizada por el Estatuto y el Reglamento de la Cor-*

il proprio ambito d'indagine alle sole norme interne che abbiano già recato danno ad una o più persone; né, a maggior ragione, essa deve imporsi il limite pregiudiziale delle reali o ragionevoli possibilità applicative della norma difforme (48), e neppure, infine, conseguenza postrema delle premesse poste, essa può dichiarare improcedibile la domanda di revisione (49) di una propria sentenza adducendo che la violazione dedotta è posteriore alla pronuncia di cui si chiede la modifica (50).

---

te, es la que me parece mejor reflejar la letra y el espíritu de la Convención Americana »: *ibidem*, § 29.

(48) L'opinione insiste (§ 24) sul concetto del rischio *tout court* dell'applicazione. « *La tesis de la necesidad de la previa aplicación de una ley para la determinación de su compatibilidad o no con la Convención Americana sobre Derechos Humanos es llevada* » infatti « *en Genie Lacayo a un extremo, al distinguir la Corte disposiciones aplicadas y disposiciones presumiblemente no aplicadas de los decretos ns. 591 y 600 (de 1980), como se desprende de una comparación entre los párrafos 83 y 91 (y también 92) de la Sentencia del fondo. Con ésto, la Corte se autolimita a punto de imposibilitar a sí misma de pronunciarse sobre las obligaciones legislativas del Estado demandado. Mi entendimiento es, al contrario, en el sentido de que la existencia misma de una ley legitima a las víctimas de violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana a requerir su compatibilización con las disposiciones de la Convención, y la Corte está obligada a pronunciarse sobre la cuestión, sin tener que esperar por la ocurrencia de un daño adicional por la aplicación continuada de dicha ley* »: così op. diss. annessa all'Ordinanza C 45, *cit.*, § 10.

(49) La revisione, non prevista dal Patto di San José e respinta in quanto tale al Perú (*infra*, § 2 e nota 115), è ritenuta ammissibile in via del tutto eccezionale, e sulla base dei princîpi generali del diritto, solo affinché la Corte possa rilevare e censurare una violazione già iniziata ed ancora in atto della Convenzione (vedi nota seguente).

(50) « *En la presente Resolución, la Corte Interamericana considera que el hecho nuevo señalado en el recurso — la Sentencia n. 8 de la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua de 12 febrajo 1997 — no sólo no fue alegado como coetáneo con su Sentencia del fondo en Genie Lacayo, sino además no se encuadra en las causales de revisión y no puede, pues, influir en la modificación de esta Sentencia. Se puede argumentar que la revisión sólo se puede efectuar con base en un hecho nuevo, pero acaecido anteriormente — y no posteriormente — a la emisión de la Sentencia del fondo, aunque sólo conocido por el tribunal después del pronunciamiento del fallo. Lo anterior es cierto, excepto cuando tal hecho se enmarca en una situación continuada de supuesta incompatibilidad con las obligaciones convencionales internacionales de protección de los derechos humanos. La noción de "situación continuada" — hoy respaldada por una amplia jurisprudencia en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos — abarca violaciones de derechos humanos que, v.g., no puedan ser desvinculadas de la legislación de la cual resultan y que permanece en vigencia* »: *ibidem*, § 9.

Poiché tutto il sistema che s'impernia sull'art. 2 della Convenzione è in gioco, e la tutela dei diritti fondamentali individuali nell'operato dello Stato (51), si segua il percorso che meglio serve allo scopo (52). L'approccio è simile a quello della giurisprudenza di *common law*: se i princîpi ed i limiti dogmatici costituiti comportano che la fattispecie violatoria resti immune da giustizia in nome del broccardo « *dura lex, sed lex* » (53), essi siano innovati attraverso un'interpretazione evolutiva: a questo anche servono le Corti internazionali (54).

Quando, di lì a poco tempo, il problema si ripropone nuo-

---

(51) « *Mientras no prevalezca en todos los Estados Partes en la Convención Americana una clara comprensión del amplio alcance de las obligaciones convencionales de protección, de que la responsabilidad internacional de un Estado puede configurarse por cualquier acto, u omisión, de cualquier de sus poderes (Ejecutivo, Legislativo o Judicial), muy poco se avanzará en la protección internacional de los derechos humanos en nuestro continente. A la* dura lex sed lex, *no raramente se equipara el* summum jus, summa injuria »: *ibidem*, § 24.

(52) « *Así siendo, es ésta la tesis que, a mi modo de ver, más contribuye a asegurar la efectividad* (effet utile) *de un tratado de derechos humanos. Es la tesis que mejor sirve la realización del objeto y propósito de los tratados de derechos humanos y la determinación de la configuración o del surgimiento de la responsabilidad internacional de los Estados Partes, a la luz de las obligaciones convencionales de protección consagradas en dichos tratados y de los principios generales del derecho* »: *ibidem*, § 27.

(53) Come emerge dall'op. diss. (§ 15), la Corte Suprema nicaraguense così si era espressa con riguardo alla Corte Interamericana: « *aunque no le agrade la ley aplicable al caso de autos, porque, a su juicio, no responde a las nuevas corrientes y doctrinas sobre la materia, ni a su propio pensamiento, pues considera que los militares deben ser juzgados por la justicia ordinaria cuando estén involucrados en hechos calificados por la ley como delitos o faltas comunes, debiendo reservarse únicamente a la jurisdicción castrense el conocimiento de los que no rebasen el ámbito estrictamente militar, sin embargo y muy a su pesar, esa ley que juzga inapropiada es la que debe aplicar al caso* sub-judice: *le guste o no le guste — dura es la ley, pero es la ley* ». Quanto all'approccio metodologico, si veda anche il *voto razonado* dello stesso Presidente sul caso *Las Palmeras c. Colombia*, eccezioni preliminari, sentenza C 66 del 4 febbraio 2000, § 9.

(54) « *Con mayor fuerza está la Corte Interamericana obligada a proceder, en el contexto de los casos concretos, a la determinación de la compatibilidad o no con la Convención de leyes nacionales y decisiones judiciales de tribunales nacionales basadas en dichas leyes, en el ejercicio de su deber de protección de los derechos humanos* »: *ibidem*, § 25. ENDICOTT, *Vagueness In Law*, Oxford Univ. Press, 2000, p. 199, afferma che « *in their decisions and in the remedies they give, their* (dei giudici) *duties are... to take responsibility for the development of the law so as to promote the public interest and the doing of justice* ».

vamente (55), se pur in forma indiretta (56), il Collegio appare quasi sollevato nel constatare che « *en el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido* » comunque « *aplicada y le ha producido un perjuicio indebido* » (57).

Un breve passaggio induce tuttavia sperare che una presa di posizione a parte intera sulle vittime potenziali potrebbe, ricorrendone i presupposti, essere matura: ribadita la centralità dell'obbligo dell'art. 2 del Patto (58), la Corte censura infatti la norma nazionale non con riguardo al ricorrente, bensì a tutti quanti, altri, si trovino nella sua situazione (59), anche se riguadagna prontamente la fattispecie e conclude per un'altra violazione nei confronti della vittima (60).

Il paesaggio non è, fin qui, dei più incoraggianti: il numero delle domande d'opinione consultiva è molto scemato; da anni

---

(55) Cfr. sentenza C 35 del 12 novembre 1997 nel caso *Suárez Rosero c. Ecuador*, §§ 93-99.

(56) A proposito dell'art. 114-*bis* del codice penale ecuadoriano, il quale stabiliva che « *las personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido auto de sobreseimiento o de apertura al plenario por un tiempo igual o mayor a la tercera parte del establecido por el Código Penal como pena máxima para el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas inmediatamente en libertad por el juez que conozca el proceso. De igual modo las personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido sentencia, por un tiempo igual o mayor a la mitad del establecido por el Código Penal como pena máxima por el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas en libertad por el tribunal penal que conozca el proceso. Se excluye de estas disposiciones a los que estuvieren encausados, por delitos sancionados por la Ley sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas* ».

(57) L'affermazione è infatti, § 98, « *la Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma* per se *viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso* ».

(58) § 97: « *como la Corte ha sostenido, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella* ».

(59) §§ 97-98: « *aunque las dos primeras disposiciones del artículo 114*-bis *del Código Penal ecuatoriano asignan a las personas detenidas el derecho de ser liberadas cuando existan las condiciones indicadas, el último párrafo del mismo artículo contiene una excepción a dicho derecho. La Corte considera que esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados* ».

(60) § 99: « *en conclusión, la Corte señala que la excepción contenida en el artículo 114*-bis *citado infringe el artículo 2 de la Convención por cuanto el Ecuador no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivo el derecho contemplado en el artículo 7.5 de la Convención* ».

nessuno Stato sottopone preventivamente alla Corte proprie leggi affinché essa ne valuti la conformità alla Convenzione; il « contenzioso individuale » è stato, per un decennio, inesistente; la Commissione, effettivamente, raccomanda, anche in rapporti *ad hoc* (61), ma nulla appare più lontano della giurisprudenza del Consiglio d'Europa.

Circostanza ben più grave, tutte le *gross and massive violations* del Continente Latinoamericano sono già cominciate, avvenute, finite: forse l'Europa giuridica si è sentita intellettualmente impari; interessi politici e personali hanno sicuramente indotto chi sapeva a non parlare (62); certo è che il sistema latinoamericano per gli altri non esiste (63).

---

(61) Gli effetti dei più limitati poteri d'indagine della Commissione europea emergono dalle sentenze contro la Turchia nei casi *Kurt - 25 maggio 1998* (ricorso n. 24276/94); *Timurtas* - 13 giugno 2000 (ricorso n. 23531/94); *Akkoç* - 10 ottobre 2000 (ricorsi riuniti nn. 22947 e 22948/93); *Tas* - 14 novembre 2000 (ricorso n. 24396/94) e *Çeçik* - 27 febbraio 2001 (ricorso n. 25704/94) nelle quali è evidente la mancanza d'investigazioni su scala e l'inesistenza derivata del concetto di « *práctica sistemática* » in merito alla scomparsa forzata (cfr. opinione concorrente del Giudice Maruste alla sentenza Çeçik), con la conseguenza che la Corte è costretta a concludere al meglio *per la presunzione della morte delle vittime*. La qualificazione stessa delle fattispecie ne soffre (così anche l'*op. cit.*), in quanto esse sono definite come « *unacknowledged detentions* » in luogo di scomparse forzate. Conseguentemente, paradossali appaiono sia i rilievi circa la mancanza dei cadaveri delle vittime (al qual proposito si veda sinotticamente la sentenza C 34 del 30 novembre 1997 della Corte Interamericana sul caso *Castillo Páez c. Perú*, *infra cit.*, § 73), sia le dichiarate violazioni dell'art. 5 Cedu sotto il profilo dell'obbligo dello Stato di « *take effective measures to safeguard against the risk of disappearance* ». Dalla sentenza 10 aprile 2001 nel caso *Tanli* (ricorso n. 26129/95) emergono altresì le conseguenze della mancata applicazione del concetto di pratica sistematica, in quanto il sistema Cedu, a differenza dell'art. 42 Reg. Comm. Interamericana, non assiste il ricorrente individuale con alcuna presunzione di veridicità dei fatti esposti in caso di mancata o non puntuale controprova da parte dello Stato. Cfr. in proposito RODRÍGUEZ PINZÓN, *Presumption of Veracity, Nonappearance and Default in the Individual Complaint Procedure of the Inter-American System of Human Rights*, in *Revista IIDH*, 1997, 25, pp. 125-150.

(62) Le molte analisi della politica estera U.S.A. nel periodo Nixon-Carter-Reagan in centro e sud America rivelano da qualche anno retroscena sicuramente non tutti ignoti agli studiosi della politica e dei diritti umani statunitensi. A puro titolo d'esempio si vedano CASSEL, *op. loc. ult. cit.*, p. 290; CERDAZ CRUZ, *United States Foreign Relations and the Promotion of Democracy in Latin America*, in *The United States and Latin America: The New Agenda*, Balmer-Thomas and Dunkerley eds., Harvard Univ. Press, 1999, pp. 37-45; DOMÍNGUEZ, *US-Latin American*

Alcune significative pronunzie in tema di risarcimento del danno passano così sotto silenzio (64).

Relations During the Cold War And Its Aftermath, *ibidem*, pp. 33-50; DONNELLY, *International Human Rights - Dilemmas in World Politics, Westview Press*, 2ª ed., 2000, cap. 5 e GIBNEY, *United States' Responsibility for Gross Levels of Human Rights Violations in Guatemala from 1954 to 1996*, in *Florida State Univ. J. Transn'l-LP*, 1977 e (in http://www.igc.org/lawg/declass.html) i documenti desecretati dal Congresso, che mostrano l'ingerenza determinante degli Stati Uniti nelle vicende cilene e guatemalteche. Sulle ambiguità, poi, dell'amministrazione Clinton, vedi *Human Rights in Guatemala during President De León Carpio's First Year,* edito da *Human Rights Watch/Americas*, 1994, pp. 114-116. Mi permetto segnalare *per incidens* che la desecretazione di una parte significativa dei documenti sul Guatemala ordinata dall'Amministrazione Clinton si deve in buona parte al coraggio personale e alla fede giuridica di Suor Dianna Ortiz, orsolina statunitense missionaria in Guatemala, nel *Freedom of Information Act*. Sulle sue vicende, oltre all'*Informe* 31/96 del 16 ottobre 1996 (caso 10.526), si veda la pronuncia della *Federal District Court Massachussets*: 886 F. Supp. 162 (D. Mass. 1995) nell'apposito sito *web* della giurisprudenza statunitense http://guide.lp.findlaw.com/Iofedgov/judicial/district_courts.html. Con riguardo al Cile, si veda da ultimo DAVIS, *The Pinochet Case, Research Papers 53*, Institute of Latin American Studies, London, 2000. Più in generale, e sotto angolatura opposta, TOMASEVSKI, *Between Sanctions and Elections: Aid Donors and their Human Rights Performance*, London, 1997, *passim*.

(63) La Corte Interamericana (sentenze di merito nei casi *Loayza Tamayo* e *Castillo Petruzzi y otros*, entrambe contro il Perú, sulle quali *infra* e OC 16-1999, A 16, del 1º ottobre 1999 « *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal* ») è infatti citata per la prima volta in occidente nella *plaidoirie* svolta il 13 novembre 2000 dalla Repubblica Federale di Germania contro gli Stati Uniti, davanti alla CIG, nell'affare *La Gard* (leggibile sul sito *web* della Corte). Per la prima citazione di una sentenza della Corte Interamericana da parte di un Giudice della Corte di Strasburgo, vedi *infra*, nota 115.

(64) Mi riferisco all'*Informe* 12/85 del 5 marzo 1985 sul caso 7615 (*Yanomami c. Brasil*), alla sentenza C 15 del 10 settembre 1993 nel caso *Aloeboetoe c. Suriname* e all'*Informe* 4/98 del 7 aprile 1998 sul caso 9853 (*Ceferino ul Musicue y Leonel Coicue c. Colombia*) nel quale, §§ 68-70, l'eredità della sentenza *Aloeboetoe* risulta pienamente recepita. « *En cuanto a la recomendación de que el Estado repare las violaciones comprobadas, el Estado ha proporcionado importante información. El Estado ha notificado a la Comisión que el Gobierno y los peticionarios están colaborando en el desarrollo de un proyecto educacional en beneficio de la comunidad indígena Paez. El plan incluiría varios talleres educacionales sobre derechos humanos. La Comisión reconoce la importancia de este proyecto, dados los problemas estructurales que han hecho más difícil lograr la plena vigencia de los derechos humanos en esta zona del país y especialmente para la comunidad Paez. Si el mismo se lleva a cabo en forma seria, constituirá un importante medio de proveer una reparación a la comunidad, por las violaciones de los derechos humanos cometidas contra dos de sus inte-*

Sfugge in particolare una sentenza contro il Suriname (65), nella quale la Corte non si limita a fissare la somma dovuta dallo Stato a titolo di danno emergente, lucro cessante e danno morale (66) dopo aver preliminarmente individuato gli aventi diritto alla stregua delle consuetudini tribali (67) delle vittime, ma pone

---

grantes... La Comisión continuará supervisando la situación con el fin de asegurar el pleno cumplimiento de la recomendación ».

(65) Caso *Aloeboetoe*, *cit.*, §§ 96-97. Solo MORIN, *L'Etat de Droit: Emergence d'un Principe du Droit International*, in *Rec. Cours*, 1995, 254, pp. 293-296 e PINTO M., *La réparation dans le système interaméricain des droits des l'homme. A propos de l'arrêt Aloeboetoe*, in *Ann. Fr. Dr. Int.*, 1996, pp. 733-747, commentano favorevolmente la pronuncia, anche per il ragionamento sotteso al riferimento ai princîpi generali del diritto.

(66) E a disporre la costituzione, da parte dello Stato, di due fedecommessi, uno a favore dei figli minori delle vittime, destinato a preservare loro l'intero capitale fino al conseguimento della maggiore età o al matrimonio, l'altro a favore degli aventi diritto maggiorenni, destinato a preservare loro il 75% del capitale per un periodo di tempo variabile tra un minimo di tre e un massimo di diciassette anni, e la creazione di una Fondazione, incaricata di gestirli al meglio (§§ 99-108). Con soluzione più rudimentale, la Corte europea ha invece disposto (cfr. sentenza *Çiçek c. Turchia*, *cit.*, §§ 201 e 204 e precedenti ivi citati), che le somme di denaro riconosciute alle vittime « *forcily disappeared* » a titolo di danni materiali e morali, siano pagate ai superstiti, con l'obbligo degli stessi di « *held the amount for his/her sons' heirs* ». PASQUALUCCI, *The Inter-American Human Rights System: Establishing Precedents and Procedure in Human Rights Law*, in *Inter American LR*, 1994-1995, pp. 331-332, osserva che l'Assemblea dell'OSA avrebbe già dovuto costituire da tempo « *a general fund to pay victims of gross and systematic human rights abuses* » e critica il sistema nella sua globalità « *for not advancing the international law of reparations* ».

(67) Così §§ 61-62: « *el convenio N° 169 de la O.I.T. sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (1989) no ha sido aprobado por Suriname y en el derecho de gentes no existe ninguna norma convencional ni consuetudinaria que determine quiénes son los sucesores de una persona. Por consiguiente, es preciso aplicar los principios generales de derecho (art. 38.1.c del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). Es una regla común en la mayoría de las legislaciones que los sucesores de una persona son sus hijos. Se acepta también generalmente que el cónyuge participa de los bienes adquiridos durante el matrimonio y algunas legislaciones le otorgan además un derecho sucesorio junto con los hijos. Si no existen hijos ni cónyuge, el derecho privado común reconoce como herederos a los ascendientes. Estas reglas generalmente admitidas en el concierto de las naciones deben ser aplicadas, a criterio de la Corte, en el presente litigio a fin de determinar los sucesores de las víctimas en lo relativo a la indemnización. Estos principios generales de derecho se refieren a "hijos", "cónyuge" y "ascendientes". Estos términos deben ser interpretados según el derecho local. Este no es el derecho surinamés porque no es eficaz en la región en cuanto a derecho de familia. Corresponde pues tener en cuenta la costumbre*

soprattutto a carico del convenuto, come parte integrante della prestazione risarcitoria, due obblighi di fare, che vuole consistere in attività non strettamente connesse alla fattispecie dedotta in giudizio (68).

Proprio per questo qualcuno (69) critica la pronuncia; il Presidente Cançado siede come Giudice *ad hoc* (70).

2. Poi, nel 1998, lo scenario muta improvvisamente: inve-

---

saramaca. Esta será aplicada para interpretar aquellos términos en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana ». MOLESTINA, *La sentencia de reparaciones del caso Aloeboetoe y otros: un punto de vista antropológico*, in *Revista IIDH*, 1997, 25, pp. 109-124, lamenta (p. 116) che « *la costumbre saramaca sólo es respectada, en tanto non contradice las reglas generalmente admitidas en el concierto de las naciones* ».

(68) § 96: « *en la indemnización fijada para los herederos de las víctimas se ha previsto una suma para que los menores puedan estudiar hasta una determinada edad. Sin embargo, estos objetivos no se logran sólo otorgando una indemnización, sino que es preciso también que se ofrezca a los niños una escuela donde puedan recibir una enseñanza adecuada y una asistencia médica básica. En el momento actual, ello no ocurre en varias aldeas saramacas. Los hijos de las víctimas viven, en su mayoría, en Gujaba, donde la escuela y el dispensario están cerrados. La Corte considera que, como parte de la indemnización, Suriname está obligado a reabrir la escuela de Gujaba y a dotarla de personal docente y administrativo para que funcione permanentemente a partir de 1994. Igualmente, se ordenará que el dispensario allí existente sea puesto en condiciones operativas y reabierto en el curso de ese año* ».

(69) Nonostante l'ampia dizione dell'art. 63 (1) del Patto (« *cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada* »), infatti, la riapertura della scuola elementare e del dispensario non erano, a rigore, indispensabili né necessarie a riparare le conseguenze della violazione accertata. PIRRONE, *Sui poteri della Corte Interamericana in materia di responsabilità per violazione dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 1995, pp. 940-961 e segnatamente pp. 951-957, critica la pronunzia anche perché « queste misure hanno portata generale, nel senso che vanno a beneficio di tutti i membri del gruppo sociale al quale appartenevano le vittime, cioè la tribù Saramaca, mentre, nelle motivazioni della sentenza, la Corte aveva escluso che la tribù o i suoi membri, in quanto tali, avessero patito danni dalla violazione della Convenzione ».

(70) Nel *voto razonado concurriente* annesso alla sentenza C 16 del 21 gennaio 1994 relativa all'altro caso (*Gangaram Panday*) contro il Suriname, nel quale pure siede come Giudice *ad hoc*, Cançado Trindade già enuncia sinteticamente (§ 3) le considerazioni sul diritto alla vita che riprenderà nella sentenza *Villagrán Morales y otros c. Guatemala* (sulla quale *infra*, § 3) e nell'opinione ivi annessa.

stita da tre anni del caso *Loayza Tamayo c. Perú*, la Corte è giunta alla fase processuale delle « *reparaciones* ».

In rapporto alle precedenti, non è una vicenda speciale (71): la vittima è una docente universitaria arrestata senza mandato né ordine per preteso « tradimento della patria » (72). Tenuta « *incomunicada* » per giorni e torturata perché confessi e faccia nomi di presunti complici, è stata processata ed assolta con formula piena dai tribunali militari speciali. Il Consiglio Supremo ha tuttavia rimesso gli atti ai cosiddetti giudici civili (i tristemente famosi *juecez sin rostro*) e ne è uscita una condanna di primo grado a vent'anni di carcere duro (73), al Chorrillos.

La Corte ha già respinto l'eccezione preliminare dello Stato; nella sentenza di merito (74) un fiero colpo è già stato inferto al

---

(71) La Corte ha infatti già deciso nel merito sei fattispecie di scomparsa forzata plurima e due di violazione del diritto alla vita.

(72) Sui rapporti tra il delitto di « *traicion a la patria* » e quello di terrorismo si veda ampiamente il § 38. Poiché i tribunali militari speciali hanno assolto la vittima in tutti i gradi di giurisdizione, la Corte (§ 61) ritiene inutile intraprendere l'esame della congruità degli stessi con l'art. 8 (1) della Convenzione, ma i Giudici Cançado Trindade e Jackman, nel voto concorrente congiunto, sottolineano che la materia non può passare sotto silenzio: « *si bien es cierto que, en este caso, dichos tribunales absolvieron a la detenida, pensamos que tribunales militares especiales, compuestos por militares nombrados por el Poder Ejecutivo y subordinados a los cánones de la disciplina militar, asumiendo una función que compete específicamente al Poder Judicial, dotados de jurisdicción para juzgar no sólo a militares sino también a civiles, que emiten sentencias — como en el presente caso — desprovistas de motivación, no alcanzan los estándares de las garantías de independencia e imparcialidad requeridos por el artículo 8.1 de la Convención Americana, como elemento esencial del debido proceso legal* ». La Corte riprende infatti l'argomento nella sentenza C 69 del 18 agosto 2000 sul caso *Cantoral Benavides c. Perú* e ivi anche conclude per la violazione del principio *ne bis in idem* (art. 8 (4) della Convenzione). Sulle leggi peruviane antiterrorismo vedi BOREA ODRÍA, *Nuevas perspectivas para el tratamiento de los decretos leyes de los gobiernos* de facto, in *Revista IIDH*, 1955, 22, pp. 51-63, e sulla relativa legge di amnistia LANDA ARROYO, *Limites constitucionales de la ley de amnistía peruana*, in *Revista IIDH*, 1996, 24, pp. 63-132 e YOUNGERS, *After the Autogolpe: Human Rights in Peru and the U.S. Response*, Washington, 1994.

(73) Sulle circostanze di fatto, vedi la sentenza C 25 del 31 gennaio 1996 sulle eccezioni preliminari (§§ 14-16), la sentenza C 33 del 17 settembre 1997 sul merito (§§ 3; 23-36; 38 e 45-46) e l'ordinanza cautelare urgente 12 giugno-2 luglio 1996.

(74) La Corte ha infatti deciso (sentenze C 33, *cit.*, e C 42 del 27 novembre 1998, punto II) « 3. *Que el Estado del Perú violó en perjuicio de María Elena Loa-*

regime giuridico di Fujimori (75), la vittima è stata liberata in seguito alla pronuncia della Corte.

Poiché però, dopo la lettura del dispositivo sul fondo, l'Agente dello Stato ha rispettosamente informato la Corte che il suo Governo considera la scarcerazione meramente provvisoria e temporanea (76), la vittima ha lasciato il paese e vive esule in Cile, dove un primo trattamento ha avuto inizio, per la riabilitazione dai postumi della tortura e del regime carcerario.

Qualcosa di diverso esiste tuttavia rispetto a tutti i casi precedenti ed a quello, coevo, contro lo stesso Stato: María Elena

---

yza Tamayo las garantías judiciales establecidas en el artículo 8.1 y 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 25 y 1.1 de la misma, en los términos establecidos en esta sentencia; 4. *Que el Estado del Perú violó en perjuicio de María Elena Loayza Tamayo las garantías judiciales establecidas en el artículo 8.4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 1.1 de la misma* », ha conseguentemente (*punto resolutivo* 5) ordinato « *que el Estado del Perú ponga en libertad a María Elena Loayza Tamayo dentro de un plazo razonable, en los términos del párrafo 84 de esta sentencia* » e ha già anticipato (*punto resolutivo* 6) « *que el Estado del Perú está obligado a pagar una justa indemnización a la víctima y a sus familiares y a resarcirles los gastos en que hayan incurrido en sus gestiones ante las autoridades peruanas con ocasión de este proceso, para lo cual queda abierto el procedimiento correspondiente* ». Sulle considerazioni e motivazioni in diritto, si vedano i §§ 61-63 e 67-77. Il Giudice Montiel Argüello annette alla sentenza la propria opinione dissidente: « *He votado afirmativamente todos los puntos de la parte dispositiva, excepto los referentes al doble enjuiciamiento de la señora María Elena Loayza Tamayo y a la orden de libertad de la misma* » (*sic*!). A quest'ultimo riguardo, si vedano CASSEL, *Somoza's revenge: A new judge for the Inter-American Court of Human Rights*, in *HRLJ*, 1992, pp. 137-140 e FROST, *The Evolution of the Inter-American Court of Human Rights: Reflections of Present and Former Judges*, in *HRQ*, 1992, pp. 171-205.

(75) Identiche argomentazioni sono svolte negli stessi giorni in altro caso contro il Perú, per la scomparsa forzata e la morte del giovane Ernesto Rafael Castillo Páez: cfr. sentenza C 34 sul merito del 3 novembre 1997.

(76) Nel procedimento sui danni (§§ 107-109), « *la Comisión* » sollecita la Corte affinché « *ordene al Estado que reconozca en forma expresa que la libertad que le concedió a la víctima es definitiva y no está sujeta a condición ni restricción alguna* ». Lo Stato risponde capziosamente che « *ningún Gobierno puede garantizar que la libertad de una persona sea sin restricción ni condición algunas, toda vez que ello depende de la conducta que observe cualquier individuo* » e la Corte ribadisce, come già deciso nella pronunzia di merito, che « *la libertad ordenada es definitiva e inapelable y no está sujeta a condición ni restricción algunas* » e che pertanto essa « *entiende que la liberación de la víctima, realizada por el Estado el 16 de octubre de 1997, tiene la naturaleza que se deduce de la sentencia, y por ello considera innecesario acceder a la solicitud de la Comisión* ».

Loayza Tamayo è la prima persona viva della quale la Corte sia chiamata ad occuparsi, è dunque « testimone » continua di se stessa (77), oltre che delle violazioni subìte (78) e degli effetti di queste su di sé.

Quando giunge il momento di determinare quali siano i titolari (79) del diritto al risarcimento del danno e, soprattutto,

---

(77) « *La Corte estima que, por ser la señora Loayza Tamayo víctima en este caso y tener un interés directo en el mismo, sus manifestaciones no pueden ser valoradas aisladamente, sino dentro del conjunto de pruebas de este proceso... Durante la presente etapa, la Corte se ocupará de determinar la naturaleza y monto de la ''justa indemnización'' y el resarcimiento de gastos que el Estado está obligado a pagar a la víctima. En este contexto, las manifestaciones de la víctima tienen un valor especial, pues es ella quien puede proporcionar mayor información sobre las consecuencias de las violaciones que fueron perpetradas en su contra. En tal condición, la declaración a que se ha hecho referencia se incorpora al acervo probatorio del caso, para su posterior valoración* ».

(78) Tra le altre, anche il trattamento carcerario conseguente all'instaurazione del giudizio davanti alla Corte: « *en un principio, durante 3 años estuvo en el pabellón ''A'', donde se le permitió participar en un taller y recibía 2 horas de sol al día; luego, cuando su caso fue ventilado ante la Corte Interamericana, fue trasladada por castigo al ''pabellón C'', donde el régimen era absolutamente cerrado* ». Si noti che la vittima parla di sé, durante l'interrogatorio in Corte, in terza persona. Sui problemi di psichiatria forense nei sottoposti a tortura, si vedano in dottrina Rojas Baeza, *Impunity: An Impossible Reparation*, in *Nordic J. Int'lL*, 2000, pp. 27-34 e Sveaass and Lavik, *Psychological Aspects of Human Rights Violations: The Importance of Justice and Reconciliation*, *ibidem*, pp. 35-52.

(79) Cfr. §§ 89-90: « *en concordancia con el lenguaje empleado en la sentencia de fondo y en el artículo 63 de la Convención, compete también a la Corte determinar cuáles de los ''familiares de la víctima'' constituyen, en el presente caso, la ''parte lesionada''. Al respecto, la víctima y la Comisión aducen que la Corte ha interpretado el concepto de familia de una manera flexible y amplia y que dicha jurisprudencia es compatible con la de otros órganos internacionales. Agregaron que la familia de la víctima antropológicamente, no se ajusta al concepto de familia nuclear, que es un concepto rígido, sino al de familia extendida, que es un concepto más amplio, y que se establece a partir de la permanencia en el seno familiar y la frecuencia con que se relacionan los integrantes de la misma. En razón de lo anterior, consideraron que la Corte debe ordenar reparaciones en beneficio de los hijos de la víctima; de sus padres; de sus hermanos, ya que fueron perjudicados y sufrieron directamente la ausencia de la víctima durante su encarcelamiento. La Corte estima que el término ''familiares de la víctima'' debe entenderse como un concepto amplio que abarca a todas aquellas personas vinculadas por un parentesco cercano y por lo tanto los hijos de la víctima; sus padres, y sus hermanos, son tenidos como sus familiares y podrían tener derecho a recibir una indemnización en la medida en que cumplan los requisitos fijados por la jurisprudencia de este Tribunal* ». Una fotografia della vittima in abito carcerario era stata diffusa, al termine del periodo *incomunicado*, alla stampa e alla

quali i danni risarcibili, l'opinione di Cançado Trindade si fa largo, se pur faticosamente, nel Collegio: oltre ai danni materiali (danno emergente e lucro cessante) e morali al netto da imposte (80), oltre alle *medidas de restitución* (81) e alle altre misure riparatorie (82), va giuridicizzata anche l'irreversibile rottura del « progetto di vita » (83) che la privazione della libertà personale tanto lungamente protratta ha causato alla vittima.

Se, infatti, condizione fondamentale ed imprescindibile del-

---

televisione con il commento « finalmente catturata una delle menti pensanti del terrorismo », e ciò aveva avuto gravi ripercussioni socio-economiche su tutti i componenti il gruppo familiare. In termini assai più limitativi vedi invece la sentenza della Corte europea 28 marzo 2000 nel caso *Kiliç c. Turchia* (ricorso n. 22492/93), § 111.

(80) « *Por unanimidad [la Corte resuelve]* 9. *que todo pago ordenado en la presente sentencia estará exento de cualquier impuesto o tasa existente o que llegue a existir en el futuro* ».

(81) « *Por unanimidad [la Corte resuelve]* 1. *que el Estado del Perú debe tomar todas las medidas necesarias para reincorporar a la señora María Elena Loayza Tamayo al servicio docente en instituciones públicas, en el entendimiento de que el monto de sus salarios y otras prestaciones deberá ser equivalente a la suma de sus remuneraciones por esas actividades en los sectores público y privado al momento de su detención, con valor actualizado a la fecha de esta sentencia;* 2. *que el Estado del Perú debe asegurar a la señora María Elena Loayza Tamayo el pleno goce de su derecho a la jubilación, incluyendo para ello el tiempo transcurrido desde el momento de su detención;* 3. *que el Estado del Perú debe adoptar todas las medidas de derecho interno para asegurar que ninguna resolución adversa que hubiere sido emitida en el proceso a que fue sometida ante el fuero civil la señora María Elena Loayza Tamayo produzca efecto legal alguno* ».

(82) Gli obblighi posti a carico dello Stato dall'art. 2 del Patto diventano misure riparatorie. « *Por unanimidad [la Corte resuelve]* 5. *que el Estado del Perú debe tomar las medidas de derecho interno necesarias para que los Decretos-Leyes Nº 25.475 (Delito de Terrorismo) y Nº 25.659 (Delito de Traición a la Patria) se conformen con la Convención Americana sobre Derechos Humanos* ». Cançado Trindade e Abreu Burelli sottolineano (§ 11 del voto comune) che « *las reparaciones no pecuniarias son mucho más importantes de lo que uno podría* prima facie *suponer* ». In dottrina vedi REISMAN, *Compensation for Human Rights Violations: The Practice of the Past Decade in the Americas*, in *State Responsibility and the Individual - Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights*, Randelzhofer and Tomuschat eds., Martinus Nijhoff, 1999, pp. 63-108.

(83) § 147: « *por lo que respecta a la reclamación de daño al "proyecto de vida", conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta del "daño emergente" y el "lucro cesante". Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el "daño emergente". Por lo que hace al "lucro cesante", corresponde señalar que mientras*

la vita è la libertà (84), vi sono casi nei quali essersi riappropriati della stessa non può più bastare (85): i fatti violatori « *de sus derechos humanos... cambian* » infatti spesso « *drásticamente el curso de la vida* » delle vittime, « *imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito* (86). *Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses* » (87).

Nel caso specifico, « *es evidente que los hechos violatorios*

éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado ''proyecto de vida'' atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas ». Anche BARATTA A., *Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal*, in *Revista IIDH*, 1990, 11, p. 11, afferma « *la idea de hombre, definida en relación con la esfera de libertad* ».

(84) § 148: « *el ''proyecto de vida'' se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte* ».

(85) §§ 123-124: « *la libertad otorgada por el Estado no es suficiente para reparar plenamente las consecuencias de las violaciones de derechos humanos perpetradas contra la víctima. Al hacer esta consideración, la Corte ha tenido en cuenta el tiempo que la víctima permaneció encarcelada y los sufrimientos que padeció, derivados de los tratos crueles, inhumanos y degradantes a que fue sometida, como su incomunicación durante la detención, su exhibición con traje infamante a través de los medios de comunicación, su aislamiento en una celda reducida sin ventilación ni luz natural, los golpes y otros maltratos como la amenaza de ahogamiento, la intimidación por amenazas de otros actos violatorios y las restricciones en el régimen carcelario; hechos que han tenido consecuencias respecto de las cuales no puede ser resarcida íntegralmente* ».

(86) § 149.

(87) § 150.

en su contra impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y profesional, factibles en condiciones normales, y causaron daños irreparables a su vida, obligándola a interrumpir sus estudios y trasladarse al extranjero, lejos del medio en el que se había desenvuelto, en condiciones de soledad, penuria económica y severo quebranto físico y psicológico. Obviamente, este conjunto de circunstancias, directamente atribuibles a los hechos violatorios, han alterado en forma grave y probablemente irreparable la vida de la señora Loayza Tamayo, e impedido que ésta alcance las metas de carácter personal, familiar y profesional que razonablemente pudo fijarse » (88).

Per la prima volta nella storia della Corte e dei giudicati internazionali sui diritti umani (89), la persona è valutata non solo come *homo oeconomicus*, ma anche per le relazioni affettive, sociali e lavorative che intrattiene (90) e per i progetti che legittimamente aveva concepito per se stessa e per il se stesso storicamente situato (91).

Cosciente della novità del deciso (92), la Corte è costretta a

---

(88) § 151.

(89) In senso meramente patrimoniale ed in forma semplicemente equitativa, vedi invece ancora da ultimo la sentenza 1° marzo 2001 della Corte europea nel caso *Bertakay c. Turchia* (ricorso n. 22493/93), § 9.

(90) Cfr. opinione concorrente dei Giudici Cançado Trindade e Abreu Burelli, §§ 8 e 9.

(91) Nel § 5 del *voto concurriente annesso* all'OC 16-99, A 16, *cit.*, Cançado Trindade ribadisce che « *en el marco del nuevo* corpus juris, *no podemos estar indiferentes al aporte de otras áreas del conocimiento humano, y tampoco al tiempo existencial; las soluciones jurídicas no pueden dejar de tomar en cuenta el tiempo de los seres humanos* ».

(92) Si leggano le critiche espresse dal Giudice Jackman nel suo voto parzialmente dissidente: « *sin embargo, muy a mi pesar, debo dejar constancia formal de que no puedo unirme con plena convicción al entusiasmo con el cual la Corte parece haber acogido la noción del denominado "proyecto de vida", concepto que es nuevo en la jurisprudencia de esta Corte y que, en mi respetuosa opinión, adolece de falta de claridad y fundamento jurídico. Debe apuntarse que la Corte se ha abstenido de ordenar una indemnización específica por los daños que se habrían producido con base en este concepto. Aún así, la declaración hecha en el sentido de que "la Corte reconoce la existencia de un grave daño al proyecto de vida de María Elena Loayza Tamayo", constituye una aceptación formal de este concepto como un rubro legítimo de reparaciones, el cual, inevitablemente, se sumará en el futuro a la batería argumentativa de los requirentes que comparezcan ante la Corte durante la etapa de reparaciones* ».

riconoscere che « *sin embargo, la evolución de la jurisprudencia y la doctrina hasta la fecha no permite traducir este reconocimiento en términos económicos, y por ello el Tribunal se abstiene de cuantificarlo* » (93) ma ribadisce che « *la condena que se hace en otros puntos de la presente sentencia acerca de los daños materiales y morales contribuye a compensar a la víctima* » solo « *en cierta medida, por las afectaciones sufridas a causa de los hechos violatorios* », poiché « *difícilmente podría devolverle o proporcionarle las opciones de realización personal de las que se vio injustamente privada* » (94).

La restante parte della pronuncia non innova invece la prassi: il pagamento delle spese e degli onorari di avvocato (95) è disposto anche per i gradi di giudizio interni (96) e come parte essenziale della fattispecie riparatoria la Corte ordina che lo Stato indaghi seriamente per identificare e punire i responsabili delle violazioni accertate (97).

---

(93) § 153. Nella sua opinione parzialmente dissidente, il Giudice de Roux Rengifo lamenta invece che il Collegio non abbia avuto il coraggio necessario a quantificare tali danni in via equitativa: « *sin embargo, se ha abstenido de hacer surgir de esa plataforma conceptual una condena específica en el caso que nos ocupa, decisión que no comparto* ».

(94) § 154.

(95) « *En su jurisprudencia reciente, a partir de la entrada en vigor del actual Reglamento, este Tribunal ha reconocido que las costas constituyen un asunto por considerar dentro del concepto de reparación al que se refiere el artículo 63.1 de la Convención, puesto que derivan naturalmente de la actividad desplegada por la víctima, sus derechohabientes o sus representantes para obtener la resolución jurisdiccional en la que se reconozca la violación cometida y se fijen sus consecuencias jurídicas* »: così la sentenza C 57 del 1° ottobre 1999 sull'interpretazione della sentenza *Blake* sul risarcimento, § 27. Vedi anche *infra*, nota 116.

(96) §§172-180: « *en la práctica la asistencia legal a la víctima no se inicia apenas en la etapa de reparaciones, sino que comienza ante los órganos judiciales nacionales y continúa en las sucesivas instancias del sistema interamericano de tutela de los derechos humanos, es decir, en los procedimientos que se siguen ante la Comisión y ante la Corte* », riconoscendosi gli stessi in forma equitativa. La prassi è peraltro recente, iniziata con la pronuncia C 39 del 27 agosto 1998 sul risarcimento dei danni nel caso *Garrido y Baigorria c. Argentina*, § 81. Sui precedenti in materia si veda GROSSMAN, *Disappearances in Honduras: The Need for Direct Victim Representation in Human Rights Litigation*, in *Hastings ICLR*, 1991, pp. 363-389 e segnatamente pp. 378-384.

(97) La Corte (§ 168) ribadisce che « *los Estados no pueden, para no dar cumplimiento a sus obligaciones internacionales, invocar disposiciones existentes en su derecho interno, como lo es en este caso la Ley de Amnistía expedida por el Perú,*

Nella propria opinione concorrente, i Giudici Cançado Trindade e Abreu Burelli espongono la teorica del « *proyecto de vida* ».

Anche il diritto internazionale conosce ormai da tempo la *restitutio in integrum*. Come dire, tuttavia, che vi si provvede davvero, se la prospettiva continua a limitarsi a considerare esclusivamente elementi patrimoniali?

Né a ciò può bastare una, sia pur elevata, quantificazione dei danni morali: mai come nel caso di María Elena Loayza Tamayo, con solo apparente paradosso in quanto viva (98), l'e-

---

que a juicio de esta Corte obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia » e afferma (§§ 170-171): « *el Estado tiene el deber de investigar las violaciones de los derechos humanos, procesar a los responsables y evitar la impunidad. La Corte ha definido la impunidad como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana" y ha señalado que el Estado tiene la obligación de combatir tal situación por todos los medios legales disponibles ya que la impunidad propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y sus familiares* » Conseguentemente, « *por unanimidad [la Corte resuelve]* 6. *que el Estado del Perú debe investigar los hechos del presente caso, identificar y sancionar a sus responsables y adoptar las disposiciones necesarias de derecho interno para asegurar el cumplimiento de esta obligación* ». Sulla distinzione tra *reparaciones* e *indemnizaciones* vedi QUINTANA, *Los procedimientos incidentales ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Revista IIDH*, 1995, 21, pp. 140-145. ALVAREZ, *Multilateralism and Its Discontent*, in *EJIL*, 2000, pp. 393-411 e segnatamente pp. 399-410, nota che « *while it is undeniable that realization of human rights requires at least some international scrutiny since governments guilty of human rights violations are not likely to police themselves, the realization of human rights does not rest on international courts or other modes of international dispute settlements* », avvertendo tuttavia che « *we should not fall into the opposite error of mythologizing domestic democratic governance* ». Mentre il dovere di un'indagine adeguata è affermato dalla Corte europea (vedi ad esempio sentenza A 324 del 27 settembre 1995 nell'affare *Mc Cann ed altri c. Regno Unito* e, da ultimo, sentenza nell'affare *Kiliç c. Turchia*, *cit.*) come profilo necessario della tutela positiva del diritto (violato) alla vita, la Corte Interamericana lo inquadra nell'ambito del diritto alle garanzie giurisdizionali.

(98) « *En sus alegatos finales la Comisión Interamericana invoca, además, dos presuntas violaciones. La primera se refiere al artículo 17 de la Convención relativo a la protección de la familia, en cuanto la del señor Castillo Páez, según la Comisión, se ha desintegrado con motivo de la desaparición de éste. Independientemente de que estos argumentos fueron invocados en sus alegatos finales y que por ello no fueron contradichos por el Estado, cabe señalar que el primero se refiere a una consecuencia accesoria de la desaparición forzada de Ernesto Rafael Castillo Páez, la cual esta Corte consideró demostrada, en violación de la Convención Americana, con to-*

spressione *causa causae est causa causati* si dimostra vera, al pari dell'immagine che la descrive (99). Le violazioni che essa ha subìto sono destinate infatti a produrre conseguenze simili ai cerchi sempre più larghi che genera una pietra quando cade nell'acqua: vi è altro, oltre alle non poche sofferenze morali. La sua propria forma d'esistenza, le sue proprie scelte, il suo proprio sviluppo intellettuale e sociale, la sua propria salute, tutto il « suo » è stato radicalmente interrotto, mutato, sradicato, in maniera almeno in parte irrecuperabile. Come, dunque, « se procedería a la rehabilitación de la víctima como forma de reparación », se non tenendo conto dell'integralità del suo essere?

In questa costruzione semplice all'apparenza, ma in realtà ardua per taluni da accettare per le implicazioni culturali che sottende (100), nulla è concettualmente (101) più lontano dell'idea dei *punitive damages* (102) caldeggiati da buona parte della

---

das sus consecuencias jurídicas »: così §§ 85-86 della sentenza sui danni C 43 del 27 novembre 1998 nel caso *Castillo Páez*, *cit*.

(99) « *Piénsese en la imagen de una piedra que se arroja a un lago y que va produciendo en las aguas círculos concéntricos cada vez más lejanos y menos perceptibles. Así, cada acto humano produce efectos remotos y lejanos* »: sentenza sul danno nel caso *Aloeboetoe*, *cit.*, § 48.

(100) CAPPS, *Incommensurability, Purposivity and International Law*, in *EJIL*, 2000, pp. 637-661 e segnatamente pp. 639-641, evidenzia che « *differences between descriptions of international law are products of different cultural traditions and can be explained by reference to the fundamental values which are presupposed in these traditions... divergences in international law do not emerge from more or less accurate accounts of empirical reality, but rather from divergencies in* a priori *judgments of importance which are attached to social fenomena* ».

(101) E ciò indipendentemente dal fatto che la Corte ritenga da sempre (cfr. sentenza C 7 del 21 luglio 1989 nel caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, risarcimento del danno, §§ 37-39) che « *la expresión "justa indemnización" que utiliza el artículo 63.1 de la Convención, por referirse a una parte de la reparación y dirigirse a la "parte lesionada", es compensatoria y no sancionatoria* » e che la pratica dei danni sanzionatori « *no es aplicable en el estado actual del Derecho internacional* ».

(102) E di cui si avverte l'eco nell'opinione parzialmente dissidente del Giudice Jackman: « *una pretensión fundada en la "pérdida de oportunidades de desarrollo" puede ser examinada como cualquier otra pretensión, determinando si, y en qué medida, puede ser cuantificada y, si esto no fuese posible, determinando cuál sería la justa medida a adoptar con respecto a la reparación de las consecuencias de la violación o violaciones, en la medida en que las circunstancias particulares lo permitan* ».

dottrina statunitense (103) e spesso applicati dalle corti di quel paese (104): la punizione economica particolarmente elevata del responsabile non è chiesta; non in ciò s'identifica anche un possibile elemento deterrente di future violazioni. Se speranza di funzione deterrente esiste, non sono certo i denari a sorreggerla: gli Stati sono ricchi, le condanne monetarie restano spesso ineseguite (105).

L'asse del ragionamento è rovesciato: poiché l'obbligo della riparazione è dato per scontato, l'attenzione sta nella persona della vittima, non su quella del responsabile.

E poiché il danno al « *proyecto de vida* » incide, violentandola, sull'essenza di ogni *Weltanshauung* individuale, « *lo más íntimo del ser humano* », l'autonomia concettuale ne è rivendicata e un ambito oggettivo proprio, « *el sentido espiritual de la vida* » (106).

La fatica dell'affermazione del principio (107) traspare dal-

---

(103) Vedi da ultimo ADDO, *Interim Measures of Protection for Rights under the Vienna Convention on Consular Relations*, in *EJIL*, 1999, pp. 713-732, e segnatamente pp. 720-731; LILLICH, *Damages for Gross Violations of International Human Rights Awarded by US Courts*, in *HRQ*, 1993, pp. 207-229; MALAMUD GOTI, *Dignity, Vengeance, And Fostering Democracy*, in *Inter-American LR*, 1998, pp. 417-450 e segnatamente pp. 427-430 e SHELTON, *Remedies in International Human Rights Law*, Oxford Univ. Press, 1999, pp. 74-77 e 286-29. Sull'iniquità, poi, delle sanzioni internazionali economiche agli Stati per violazioni dei diritti umani, vedi TOMASEVSKI, *Responding to Human Rights Violations, 1946-1999*, Martinus Nijoff, 2000, *passim*.

(104) Vedine la rassegna in SHELTON, *op. cit.*, pp. 82-90, a far data dal celebre caso *Filártiga*, leggibile in http://diana.law.yale.edu/diana/db/index_filartiga.html. *Ibidem*, 16779.html i casi *in re Estate of Marcos*. Sul caso *Filártiga*, vedi anche RICHARD, *The Case of Joelito Filártiga and the Clinic of Hope*, in *HRQ*, 1983, pp. 275-301; sui casi contro *Marcos*, vedi SIMON, *The Alien Tort Claims Act: Justice or Show Trials?*, in *Boston Univ. Int'lLJ*, 1993, pp. 1-80 e STEINHARDT, *Fulfilling the Promise of Filartiga: Litigating Human Rights Claims Against the Estate of Ferdinand Marcos*, in *Yale J. Int'lL*, 1995, pp. 65-103. Conformemente, vedi tuttavia anche la recentissima pronunzia della Corte di Strasburgo nel caso *Bertakay c. Turchia*, *cit.*, § 7.

(105) Le sentenze pronunziate dalle giurisdizioni statunitensi relativamente alle violazioni dei diritti umani nelle Filippine ed in Guatemala, connotate da un elevato ammontare di *punitive damages*, sono infatti rimaste ineseguite anche perché i responsabili avevano provveduto, nelle more dei processi, a traslatare altrove i propri capitali.

(106) *Ibidem*, § 15.

(107) « *En mi opinión* », critica infatti il Giudice Jackman, « *no hay cabida*

l'ultima parte del voto concorrente: « *la presente sentencia de reparaciones, al reconocer la existencia del daño al proyecto de vida vinculado a la satisfacción* (108), *entre otras medidas de reparación* », costituisce certo « *un paso acertado y alentador* » verso una direzione che « *confiamos, será objeto de mayor desarrollo jurisprudencial en el futuro* ». « *Todo el capítulo de las reparaciones de violaciones de derechos humanos* » dovrà tuttavia « *ser repensado desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad* » (109).

Anche nelle riviste specializzate la sentenza passa inosservata (110), ma altrettanto inosservate sono state pure le due pronuncie di poco precedenti, rese nel caso *Blake c. Guatemala* (eccezioni preliminari (111) e merito (112)) e i due *votos razonados* annessi di Cançado Trindade.

Molti, in Europa, commentano le pronunce relative ad alcune riserve apposte alla ratifica della Cedu (113): nessuno si accorge dell'analogo problema di un Continente lontano, dove la

---

ni necesidad para la inserción de nuevos rubros de reparación en la jurisprudencia de la Corte, sobre todo si dichos rubros están definidos en términos que resultan excesivamente amplios y generales » e aggiunge: « *los términos en que el artículo 63 de la Convención está formulado otorgan a la Corte un considerable margen de discreción judicial; más amplio, en efecto, que aquel con el que ha sido investida la Corte Europea de Derechos Humanos por la respectiva disposición de la Convención Europea (artículo 50). Si a este marco jurídico se superpone un rubro de reparación inédito y concebido en términos excesivamente amplios, podría ponerse en grave riesgo — innecesariamente, en mi opinión — la seguridad jurídica que es esencial para el funcionamiento del sistema de protección* ».

(108) §§ 15-16.

(109) § 17.

(110) La pronunzia di merito appare in *HRLJ* nel 1998, p. 203 ss.; quella sulle riparazioni *ibidem*, 1999, p. 194 ss.

(111) Sentenza C 27 del 2 luglio 1996, pubblicata in *HRLJ*, 1997, p. 182 ss.

(112) Sentenza C 36 del 24 gennaio 1998, pubblicata in *HRLJ*, 1998, p. 393 ss.

(113) Ricordo a puro titolo d'esempio i casi *Belilos c. Svizzera* (ricorso n. 20/1986/118/167 - sentenza sulle eccezioni preliminari del 29 aprile 1988) e *Loizidou c. Turchia* (ricorso n. 40/1993/435/514 - sentenza sulle eccezioni preliminari del 23 marzo 1995), sui quali si veda da ultimo BARATTA R., *Should Invalid Reservations to Human Rights Treaties Be Disregarded?*, in *EJIL*, 2000, pp. 413-425. Sulla posizione precedentemente assunta dalla Corte Interamericana in materia di riserve, vedi CRAVEN, *Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights*

ratio temporis ha avuto ed ha a che fare con la morte violenta di persone (114) e ancora recentissimamente, in un ennesimo caso di scomparsa forzata portato al giudizio di Strasburgo, solo l'opinione concorrente del Giudice lettone cita un precedente ormai vecchio della Corte Interamericana (115).

Inosservata la sentenza non passa invece per lo Stato: se la giurisprudenza del *proyecto de vida* prendesse piede, molti, detenuti da anni nelle carceri peruviane, potrebbero invocare, oltre all'illegittima privazione della libertà personale, al processo non giusto, alle torture e ai trattamenti crudeli ed inumani, perfino l'interruzione abrupta del proprio disegno esistenziale. Molti sono infatti studenti universitari o professionisti: in rapporto alla prassi della Corte, il risarcimento del danno deciso per il caso *Loayza Tamayo* è inoltre singolarmente e complessivamente assai alto.

La sentenza sul danno è tanto più sgradita, che una domanda d'interpretazione di quella sul merito è stata appena respinta con l'ordinanza C 47 dell'8 marzo 1998: alla Corte non è stato infatti difficile rilevare che le argomentazioni svolte non evidenziavano alcun dubbio dello Stato sul deciso e che trattavasi piuttosto di una criptica richiesta revisione (116).

Treaty in International Law, in *EJIL*, 2000, pp. 489-519 e segnatamente pp. 507-510.

(114) CERNA, *Questions générales de droit international examinées par la Cour interaméricaine des droits de l'homme*, in *Ann. Fr. Dr. Int.*, 1996, pp. 715-731 e segnatamente pp. 729-730, critica apoditticamente la conclusione della Corte.

(115) Si tratta del primo caso deciso dalla Corte, primo dei casi hondureñi: *Velásquez Rodríguez* (cfr. opinione concorrente del Giudice Maruste annessa alla sentenza *Çiçek c. Turchia*, *cit.*). Nel caso *Kurt*, *cit.*, § 80, il CEJIL (*Centro por la Justicia y el Derecho Internacional*) aveva bensì presentato, in qualità di *amicus curiae*, un'analisi ed una rassegna della giurisprudenza della Commissione e della Corte Interamericana in materia, ma questa non figura neppure considerata nel testo della sentenza. La Corte si limita infatti a menzionare (§ 102) che la ricorrente aveva citato nella propria difesa il caso *Velásquez Rodríguez*, ma conclude nondimeno che « *almost four and a half years have passed without information. In such circumstances, the applicant's fear that her son may have died in unacknowledged custody at the hands of his captors cannot be said to be without foundation. However, no concrete evidence exists as to the fate of U. Kurt subsequent to his detention. Therefore, it would be inappropriate to draw the conclusion that he has been a victim of a violation of Article 2* » (§§ 105-109). La Commissione stessa (§ 168) « *for its part, found that it was unnecessary to decide whether or not there was a practice of unacknowledged detention in the respondent State* » (*sic*!).

(116) « *Esta Corte considera que la solicitud o demanda de interpretación de*

Una seconda domanda d'interpretazione viene quindi presentata. Formalmente, lo Stato non può toccare la parte della pronuncia che riguarda il progetto di vita perché non vi é condanna pecuniaria: chiede così solamente che venga chiarita la determinazione degli onorari d'avvocato e soprattutto cosa la Corte intenda, quando ha disposto l'esenzione fiscale presente e futura di tutte le somme attribuite. L'argomento è scenografico (ciascun cittadino peruviano deve adempiere ai propri obblighi tributari: se i risarciti fossero esentati dalle imposte, il diritto internazionale violerebbe un precetto costituzionale) ma povero rispetto alla portata della decisione. Ancora una volta, alla Corte non è difficile rispondere (117).

La vera ragione della *modest proposal* si comprende ben presto: la Sala Suprema peruviana ha già pronta una propria delibera, che dichiara « ineseguibile » la pronuncia sul danno e, incidentalmente, anche quella sul merito e che rimette gli atti al giudice per il terrorismo (118). Alla comunicazione del provve-

---

una sentencia no debe utilizarse como un medio de impugnación sino únicamente debe tener como objeto desentrañar el sentido del fallo cuando una de las partes sostiene que el texto de sus puntos resolutivos o de sus consideraciones carece de claridad o precisión, siempre y cuando esas consideraciones incidan en dicha parte resolutiva y, por tanto, no se puede pedir la modificación o anulación de la sentencia respectiva a través de una demanda de interpretación. Esta Corte, al examinar los argumentos del Estado, resumidos con anterioridad, advierte que, indebidamente y bajo la aparencia de una solicitud de interpretación, se pretende la modificación de la sentencia de fondo pronunciada por este Tribunal el 17 de septiembre de 1997 en el caso Loayza Tamayo, ya que el Perú alega que dicho fallo incurrió en omisiones en algunos aspectos y no está correctamente fundado en otros »: così §§ 16-17.

(117) « *El monto del pago ordenado en favor de la abogada de la señora Loayza Tamayo fue considerado, en su oportunidad, como equitativo. De acuerdo con esta consideración, la esencia misma del fallo de la Corte en lo atinente a este aspecto es que, como parte de la justa indemnización a que hace referencia el artículo 63.1 de la Convención, es "equitativo" que la abogada de la víctima reciba dichas cantidades en forma íntegra y efectiva. Si el Estado dedujese algún porcentaje de estas cantidades por concepto de gravámenes, el monto recibido por la beneficiaria no sería el mismo fijado por la Corte. Por lo tanto, en la hipótesis mencionada, no se estaría dando cumplimiento a lo ordenado en la sentencia sobre reparaciones. La aplicación de este criterio en la sentencia de reparaciones interpretada es concordante con la jurisprudencia constante de esta Corte y de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual, cuando ordena el pago de las costas, requiere al Estado que añada al valor del pago los impuestos que podrían ser aplicables o realiza el cálculo respectivo ella misma y ordena el pago del monto resultante* »: così §§ 24-26.

(118) Mi sia permesso richiamare il mio « *Il sistema latinoamericano* », re-

dimento, correttamente interpretato come « *desafío* », cioè come sfida, alla propria autorità, la Corte reagisce ribadendo l'obbligo generale e convenzionale dello Stato di adempiere integralmente i trattati e i giudicati (119).

E analogamente procede anche nei confronti di altra, simultanea deliberazione della Sala Suprema, quella conseguente alla sentenza di merito del caso *Castillo Petruzzi y otros*.

Per questo giudicato, infatti, lo Stato è sgomento: la Corte ha osato affermare, e con maggiore ampiezza (120) del caso *Loayza Tamayo*, che tutte le garanzie giurisdizionali previste dalla Convenzione per il processo penale si applicano a qualunque imputato (121), innocente o colpevole nel meri-

---

lazione al Convegno « Per una nuova cultura dei diritti dell'uomo: conoscere i sistemi non europei » tenutosi ad Urbino l'8 novembre 2000 e leggibile in http://www.humanrights-it.org. n. 6, nel quale la decisione in discorso è ampiamente riportata.

(119) FRUMER, *Denonciation des traités et remise en cause de la compétence par des organes de contrôle. A propos de quelques entraves étatiques récentes aux mécanismes internationaux de protection des droits de l'homme*, in *Ann. Fr. Dr. Int.*, 2000, pp. 939-964 e segnatamente pp. 956-963, come già CASSEL, *Peru Withdraws...*, *op. loc. cit.*, connette il c.d. ritiro peruviano dalla giurisdizione contenziosa solo alla necessità dello Stato di evitarsi una condanna certa nel caso *Baruch Ivcher Bronstein* (sentenza C 54 del 24 settembre 1999 sulle eccezioni preliminari e C 74 del 6 febbraio 2001 sul merito) e nel caso c.d. del *Tribunal Costitucional* (sentenza C 55 del 24 settembre 1999 sulle eccezioni preliminari e C 71 del 31 gennaio 2001 sul merito). In realtà, « *les prolégomènes d'une remise en cause programmée* » sono rappresentati proprio dalle sentenze di merito e risarcimento nel caso *Loayza Tamayo* e dalla sentenza di merito nel caso *Castillo Petruzzi y otros*, sulla quale *infra*.

(120) §§ 104-112 e 113-188.

(121) Il procedimento penale per il delitto di « *traición a la patria* » era un « *procedimiento sumario en el teatro de operaciones, llevado adelante por jueces sin rostro, con respecto al cual no cabe la interposición de acciones de garantía* » (per ampi riferimenti normativi alle garanzie sospese, si vedano le note 15-16, 24-25 e da 28 a 31 della sentenza). In particolare: fino all'udienza istruttoria, quando non addirittura fino alla sentenza di primo grado, negato il diritto di colloquio con gli avvocati; parimenti negato il diritto di questi ultimi di prendere visione delle prove documentali e d'interrogare e controinterrogare i testimoni a carico; presenza all'udienza istruttoria assicurata solo per pochi minuti; accesso al fascicolo processuale permesso solo alla vigilia dell'udienza fissata per la lettura della sentenza di primo grado; gli imputati potevano partecipare all'udienza istruttoria solo ammanettati o in ceppi, incappucciati o bendati; anche la carcerazione preventiva era svolta con regime di massimo isolamento, in celle sotterranee e con una sola ora d'aria al giorno.

to (122); a maggior ragione anzi, se gli elementi raccolti dall'accusa depongano per un probabile superamento della presunzione d'innocenza; che la dichiarazione dello stato d'emergenza (123), quand'anche necessaria al *dovere* (124) del paese di

---

(122) Il 7 gennaio 1994, disattesa dal *Juez Instructor Militar Especial* l'eccezione di carenza di giurisdizione del foro militare sollevata dagli avvocati (per configurarsi nella fattispecie non il delitto di « tradimento della patria », bensì quello minore di terrorismo) gli imputati erano stati condannati « *a la pena de cadena perpetua, con la accesoria de inhabilitación absoluta y perpetua, el aislamiento celular continuo durante el primer año de la decisión y luego con trabajo obligatorio* ». La condanna era stata confermata in appello il 14 marzo 1994 e in ultima istanza dal *Tribunal Supremo Militar Especial*, il 3 maggio 1994. Fin da subito la Corte, preso atto che « *el Estado manifestó que las supuestas víctimas son culpables de haber perpetrado graves delitos que quedan incursos en traición a la patria* », chiarisce che essa « *no está facultada para pronunciarse sobre la inocencia o culpabilidad de los señores... con respecto a los delitos que, supuestamente, habrían cometido en el Perú* »: così § 88. E subito dopo ribadisce che essa « *no es un tribunal penal en el sentido de que en su seno pueda discutirse la responsabilidad penal de los individuos* ». Il giudizio non verterà dunque sull'innocenza o colpevolezza di Castillo Petruzzi e degli altri, bensì sulle « *consecuencias jurídicas de los hechos que ha tenido por demonstrados dentro del marco de su competencia* », così che essa « *señalara si existe o non responsabilidad del Estado por violación de la Convención* ».

(123) Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi, María Concepción Pinchera Saez, Lautaro Enrique Mellado Saavera e Alejandro Luis Astorga Valdez erano stati catturati dalla polizia politica peruviana antiterrorismo (*DINCOTE*) nel corso di un'operazione denominata « *El Alacrán* », lo scorpione, il 14 e 15 ottobre 1993. All'epoca, a causa del ripetersi di attentati e di altri gravi reati (sequestri di persona a scopo di estorsione; rapine a mano armata e sabotaggi) da parte dei membri del Partito Comunista peruviano (*Sendero Luminoso*) e del MRTA (*Movimiento de los Tupác Amaros*), nel Dipartimento di Lima e nella Provincia Constitucional del Callao era in vigore lo stato d'emergenza, con sospensione delle garanzie previste dagli artt. 2.7 (inviolabilità del domicilio); 9 (diritto di libera circolazione); 10 (diritto di riunione) e 20.g (arresto e detenzione ordinati dalla magistratura) della Costituzione Politica vigente. Come sempre, la qualificazione giuridica della fattispecie era stata effettuata dalla stessa polizia politica e non da un giudice istruttore e poiché questa aveva affermato gli estremi del delitto di « *traición a la patria* », gli imputati erano stati posti a disposizione del *Fiscal Especial Militar*, il quale li aveva deferiti ai giudici speciali militari alla stregua dei *Decretos-Leyes* N° 25.659 e N° 25.475. Per le analogie con le leggi turche d'emergenza, si legga la pronunzia *Kiliç c. Turchia*, *cit.*, §§ 47, 66-69 e 80-83 e i precedenti ivi citati.

(124) « *Un Estado tiene el derecho y el deber de garantizar su propia seguridad, aunque debe ejercerlos dentro de los limites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana. Obviamente, nada de esto conduce a justificar la violencia terrorista — cualesquieras sean sus protagonistas — que lesiona a los individuos y al*

provvedere all'ordine pubblico interno, non legittima l'abrogazione dei ricorsi di *habeas corpus* o di *amparo* (125) e che chiunque, pur accusato di reati plurimi e gravi, ha diritto ad una difesa sostanziale, con termini e modalità ad essa funzionali. Circo-

---

conjunto de la sociedad y que merece el más energico rechazo. Además, la Corte recuerda que su función primordial es de salvaguardar los derechos humanos en todas las circunstancias »: così la seconda delle « *consideraciones previas* », § 89.

(125) La Corte considera anzitutto l'art. 6 del *Decreto Ley* N° 25.659 del 2 settembre 1992, vigente al momento della detenzione e dell'inizio del processo, a sensi del quale « *en ninguna de las etapas de la investigación y del proceso penal proceden las Acciones de Garantía de los detenidos, implicados o procesados por delito de terrorismo, comprendidos en el Decreto Ley N° 25.475, ni contra lo dispuesto en el presente Decreto Ley* », e ribadisce che « *el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rapido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales constituye uno de los pilares básicos no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención* ». Come per la Corte europea, affinché un ricorso possa essere ritenuto rapido ed effettivo non basta che esso sia previsto dalla Costituzione o dalla legge o sia formalmente agibile, « *sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla* ». Quanto sopra, specifica la Corte, non vale solo nelle situazioni di normalità, « *sino también en circunstancias excepcionales, ya que la implantación del estado de emergencia — cualquiera sea la dimensión o denominación con que se le considere en el derecho interno — no puede comportar la supresión o la perdida de efectividad de las garantías judiciales que los Estados Partes están obligados a establecer, según la misma Convención. Por consiguiente, es violatoria de la Convención toda disposición adoptada por virtud del estado de emergencia, que redunde en la supresión de esas garantias* ». Tra le garanzie giudiziali minime inderogabili, il ricorso di *habeas corpus* costituisce « *el medio idóneo para controlar el respeto a la vida y a la integridad de la persona, para impedir su desaparición o la indeterminación de su lugar de detención, así como para protegerla contra la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* ». Sul ricorso di *habeas corpus* si veda García Belaúnde, *El habeas corpus en América Latina*, in *Revista IIDH*, 1994, 20, pp. 41-62 e sulle differenze tra questo e i ricorsi *de amparo* si veda Faúndez Ledesma, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el régime jurídico de los estados de emergencia*, in *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad Central de Venezuela, 1996, 101, pp. 27-72. Sulla *rule of law* in generale nel sistema interamericano, si veda Morin, *L'Etat de Droit...*, *op. loc. citt.*, pp. 281-292 e 296-299. Sul sistema delle leggi d'emergenza in Perú si veda invece de Belaúnde, *Justice, Legality and Judicial Reform*, in *Fujimori's Peru: The Political Economy*, Crabtree and Thomas eds., Institute of Latin American Studies, London, 1998, pp. 173-191 e Obando, *Fujimori and the Military*, *ibidem*, pp. 192-208 e segnatamente pp. 201-203, ove l'A. accenna ai fatti dei casi « *Barrios Altos* » (sul quale *infra*) e « *La Cantuta* », ora pendente davanti alla Corte.

stanza ancor più sconvolgente, la Corte ha smantellato la dicotomia della costruzione del reato (126), ha dichiarato la nullità del processo interno, ha conseguentemente ordinato allo Stato di rinnovarlo nelle forme dovute (127) e ha perfino disposto che

---

(126) « *Las conductas típicas descritas en los Decretos Leyes N° 25.475 y N° 25.659 — terrorismo y traición a la patria —* », essa afferma, « *son similares en diversos aspectos fundamentales. Como lo han reconocido las partes, la denominada traición a la patria constituye una figura de terrorismo agravado, a pesar de la denominación utilizada por el legislator. Ambos Decretos Leyes se refieren a conductas no estrictamente delimitadas, por lo que podrían ser comprendidas indistintamente dentro de un delito como de otro, según los criterios del Ministerio Público y de los jueces respectivos y de la propia policia DINCOTE. La existencia de elementos comunes y la imprecisión en el deslinde entre ambos tipos penales afecta la situación jurídica de los inculpados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal de conocimiento y el proceso corrrespondiente. En efecto, la calificación de los hechos como traición a la patria implica que conozca de ellos un tribunal militar sin rostro, que se juzge a los inculpados bajo un procedimiento sumarisimo, con reducción de garantías, y que le sea aplicable la cadena perpetua. La Corte entiende que en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar terminos estrictos y univocos, que acoten claramente las conductas punibles, dando pleno sentido al principio de legalidad penal. Esto implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambiguedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad. Normas como las aplicadas en el caso que nos ocupa, que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad establecido en el artículo 9 de la Convención Inter-Americana* »: così §§ 113-122.

(127) Fondandosi sul disposto dell'art. 63.1 della Convenzione, la Commissione aveva chiesto che la Corte ordinasse allo Stato convenuto: *a*) di riparare pienamente il grave danno materiale e morale sofferto dalle vittime con un risarcimento adeguato e di disporne l'immediata messa in libertà; *b*) di concedere alle vittime la libertà condizionale « *con las restricciones de movimiento, o de otro caracter, que el Estado Peruano considere necesarias* »; *c*) di « *disponer la anulación del procedimiento para dejar sin efectos los procesos por traición a la patria* ». Quanto allo Stato, questo aveva obiettato che poiché le azioni delittuose compiute dai ricorrenti avevano causato gravi perdite umane e materiali, un eventuale risarcimento in loro favore sarebbe stato paradossale; addurre irregolarità di natura processuale avrebbe poi violato « *la soberanía de la jurisdicción interna del Perú... y favoreceria a quienes pretendan desconocer que los tribunales nacionales están en mejor posición para determinar los hechos y derecho aplicable a un caso particular, afirmación que se basa en la naturaleza coadyuvante o complementaria de la protección internacional de los derechos humanos* »; annullare i processi già espletati e rifarne altri avrebbe contraddetto infine la regola « *ne bis in idem* ». Dopo aver chiarito che

esso paghi ai congiunti dei detenuti la somma di duemilacinquecento dollari statunitensi a titolo di risarcimento equitativo delle spese di giustizia sostenute per il processo internazionale (128).

Di qui la reazione giuridicamente scomposta della *Sala Suprema* (129), segno che la condanna brucia: i processi condotti

---

il principio dell'unitarietà del processo importa l'invalidità della sentenza quando questa sia scaturita da una sequenza di atti processuali invalidi, la Corte afferma che un procedimento che non risponda ai requisiti minimi del « *debido proceso legal* » è invalido « *y también priva de validez a la sentencia, que no reune las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza. Corresponde* » dunque « *al Estado llevar a cabo, en un plazo rasonable, un nuevo enjuiciamiento que satisfaga* ab initio *las exigencias del debido proceso legal, realizado ante el juez natural — jurisdicción ordinaria — y con plenas garantías de audiencia y defensa para los inculpados* ». La Corte non si pronuncia invece sulla libertà provvisoria, « *porque entiende que la adopción de dicha medida precautoria corresponde al tribunal nacional competente* ».

(128) « *El Estado debe cubrir a los familiares de las víctimas los gastos y las costas que han realizado con ocasión de este proceso... En cuanto a otras formas de reparación, la Corte estima que la presente sentencia constituye, en si misma, una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia para las victimas y sus familiares* ».

(129) « *La Corte, no obstante haber reconocido... la grave alteración de la paz publica que obligó al Estado a adoptar medidas legislativas extraordinarias, no valoró al sentenciar estas circunstancias historico-sociales, motivo por el cual dicha jurisdicción tomó una decision arbitraria, equivocada y anticonstitucional que agravia los intereses del pueblo peruano; al haber ordenado adoptar las medidas apropiadas para reformar las normas que han sido declaradas violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha incurrido en un exceso de su competencia funcional, pues la compatibilidad o incompatibilidad entre el Derecho Interno de los Estados partes y la Convención sólo puede ser definida por la Corte Interamericana en via de consulta y a modo de opinion, exclusivamente por iniciativa de tales Estados parte; la orden de reformar disposiciones legales emanadas del Poder Legislativo exige una nueva norma legal, lo que implica ordenar que los Congresistas de la República voten en el sentido indicado; los Congresistas representan a la Nación y no están sujetos a mandato imperativo, per lo que la Corte no puede ordenarles la materia ni la forma como deben emitir sus votos; en consecuencia ese mandato de la Corte es inejecutable y excede en forma absoluta a su competencia; al pretender la Corte Inter-Americana importar una sanción economica, ella no solo esta reñido con los más elementares principios de respeto a un pueblo castigado por más de trece años con el flagelo del terrorismo, sino que además prejugza ordenando un nuevo juzgamiento y anticipando el pago de gastos y costas... en consequencia, la aceptación y ejecución de la sentencia de la Corte en este tema pondria en grave riesgo la seguridad interna de la República, y que lo expresado demuestra fehacientemente que el fallo de la Corte Inter-Americana de Derechos Humanos carece de imparcialidad y vulnera la Constitución Política del Estado, siendo por ende de imposible ejecución* ».

con le stesse regole di quello censurato si contano a migliaia, lo Stato non può permettere ad una Corte internazionale di toccarlo nel vivo, di aprire molte, troppe speranze.

3. Nelle more, tuttavia, anche un'altra fattispecie si è presentata alla Corte ed è già stata decisa nel merito: quella del caso *Villagrán Morales y otros c. Guatemala* (130), noto anche come il caso *de los niños de la calle*.

Anche qui la vicenda è tragicamente semplice: intorno alla mezzanotte del 15 giugno 1990, Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes e Anstraum Aman Villagrán Morales, cinque ragazzi di età compresa tra i quindici e i diciotto anni, sono affiancati da una camionetta della polizia nella 18ª strada della zona 1 di Guatemala City, mentre sostano davanti ad un chiosco di panini e bevande situato in località *Las Casetas*.

Chi ha preordinato l'intervento delle forze dell'ordine è la proprietaria del chiosco: da tempo conosce quei ragazzi che non sempre hanno soldi per pagare e che talora, se hanno fame, le rubano « *carne asada* » o una birra (131). Villagrán Morales è già stato lì quella sera verso le diciannove ed è stato avvertito: finirà morto, come molti altri dei suoi simili (132). In effetti, così la Corte accerta con prove testimoniali rigorose, nello Stato è in corso una vera e propria operazione di « pulizia sociale »: i *niños de la calle* devono scomparire (133).

---

(130) Cfr. sentenza C 63 del 19 novembre 1999.

(131) Vedi la testimonianza di Rosa Angélica Vega.

(132) *Idem* e la testimonianza di Julia Griselda Ramírez López Ayende, di Anselmo Ardiano Paz, *investigador de la Policía Nacional* e di Sir Bruce Harris.

(133) Vedi §§ 77-79 e 189: « *para la época de los sucesos que constituyen la materia de este caso, existía en Guatemala una práctica sistemática de agresiones en contra de los "niños de la calle", ejercida por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado, que comprendía amenazas, persecuciones, torturas, desapariciones forzadas y homicidios, es hecho público y notorio* ». Cfr. anche *Human Rights in Guatemala during President de León Carpio's First Year* edito da *Human Rights Watch/Americas*, 1994, pp. 53-55, e lo *short report « Guatemala's Forgotten Children: Police Violence and Arbitrary Detentions »*, edito dalla stessa ONG, 1997, *passim*. Si consulti anche, volendo, il sito *web* di Casa Alianza, ONG specialmente dedita all'assistenza dei *niños de la calle* http://www.casa-alianza.org/. Per la Corte europea, invece, « *pour qu'il y ait une obligation positive, il doit être établi que les autorités savaient ou auraient du savoir sur le moment qu'un ou plusieurs individus*

All'arrivo dei miliziani, Villagrán Morales cerca di fuggire: raggiunto, è freddato con un colpo alla nuca; gli altri quattro sono caricati a forza. Di tutti, nulla si saprà fino a due settimane dopo, quando qualcuno avvertirà le famiglie che in un bosco adiacente la città, il *Bosque de San Nicolas* (134), sono stati trovati alcuni cadaveri orrendamente mutilati e parzialmente divorati dagli animali e s'incaricherà, pietosamente, dell'identificazione degli stessi: sono i ragazzi del chiosco Pepsi-Cola.

Che le madri delle vittime siano vittime indirette rispetto alle fattispecie violatorie dedotte nel giudizio, è ovvio: a prescindere dall'apporto economico che qualcuno dei ragazzi conferiva di tanto in tanto in casa, ciascuna di esse ha perduto un figlio ed ha sofferto, prima di saperlo morto, l'ansia e lo struggimento di non averne notizia, rimandate una ad una per giorni di caserma in caserma dagli stessi poliziotti che li avevano già uccisi (135).

Esattamente la Corte ricorda la giurisprudenza europea pertinente sulla tortura e rileva gli estremi della fattispecie nel *cas d'espèce*.

Con motivazione succinta, il Collegio va tuttavia più in là: « *la Corte debe destacar entre las conductas de los agentes estatales que intervinieron en los hechos del caso y que produjeron un impacto sobre sus familiares, la correspondiente al tratamiento que se dio a los cuerpos de los jóvenes cuyos cadáveres aparecieron en los Bosques de San Nicolás. Estas personas no sólo fueron víctimas de la violencia extrema correspondiente a su eliminación física, sino que, además, sus cuerpos fueron abandonados en un paraje deshabitado, quedaron expuestos a las inclemencias del tiempo y a la*

étaient menacés de manière réelle et immédiate dans leur vie du fait des actes criminels d'un tiers, et qu'elles n'ont pas pris, dans le cadre de leurs pouvoirs, les mesures qui, d'un point de vue raisonnable, auraient sans doute pallié ce risque »: così ancora sentenza 28 ottobre 1998 nel caso *Osman c. Regno Unito*, § 116.

(134) Nell'opinione concorrente, i Giudici Cançado Trindade e Abreu Burelli sottolineano (§ 10) la tragica ironia del nome della località, « *de tan simbolismo para muchos niños* ».

(135) Così §§ 172-173. La Corte richiama non solo l'art. 5 del Patto, ma anche la Convenzione Interamericana contro la tortura, che il Guatemala ha ratificato. Anche la pronuncia *Çiçek c. Turchia*, *cit.*, §§ 173-174, riconosce la madre delle vittime vittima a titolo autonomo della fattispecie di trattamento crudele ed inumano. Essa non riconosce invece, §§ 154-158, la stessa fattispecie in capo alle vittime della scomparsa forzata, anche se essenzialmente per ragioni processuali.

acción de los animales y hubieran podido permanecer así durante varios días, si no hubieran sido encontrados fortuitamente. En el presente caso, es evidente que el tratamiento que se dio a los restos de las víctimas, que eran sagrados para sus deudos y, en particular, para sus madres, constituyó para éstas un trato cruel e inhumano ».

« *En circunstancias como las del presente caso, es imposible no incluir, en la noción ampliada de víctima, a las madres de los niños asesinados* »; le madri non sono dunque più solo vittime indirette: sono vittime autonome, a pieno titolo, della fattispecie di trattamento crudele ed inumano (136).

La Corte ricorda la pronuncia di merito *Blake* e cita se stessa: nella cultura *maya*, il rispetto del corpo dei defunti, il compianto funebre e un luogo consacrato dove questi possano essere degnamente sepolti sono tutti momenti essenziali del distacco, tappe necessarie a sconfiggere l'*olvido*, che è la vera morte spirituale dell'uomo. Ciò è tanto più vero quando si tratti della morte di persone giovani, che per la loro età non hanno ancora potuto « *conciliarse con la idea de su entrega a la eternidad* »: le condizioni dei resti mortali dei ragazzi e la pietà dei vicini hanno impedito alle madri di riconoscere ed accudire i corpi e celebrare compiutamente i riti; esse non potranno tenere dunque dentro di sé l'ultima memoria dei figli scomparsi (137).

Ancora una volta, nessuna rivista occidentale commenta la sentenza.

L'eredità giuridico-culturale della decisione non cade tuttavia nel vuoto: nel caso *Bámaca Velásquez c. Guatemala* (138) , è infatti la Commissione a chiedere, anche per le stesse ragioni, la declaratoria e la condanna dello Stato per il trattamento crudele ed inumano riservato alla vedova e ai genitori del *desaparecido* (139) e il Collegio

---

(136) Così §§ 174-177.

(137) Cfr. opinione concorrente *cit.*, § 10. Vedi anche, indirettamente, le pagine iniziali di WITTE jr., *Law, Religion and Human Rights*, in *Colombia HRLR*, 1996, p. 1 ss. e, *contra*, RITTER, *« Human Rights »: Would You recognize One If You Saw One? A Philosophical Hearing Of International Rights Talk*, in *California Western Int'lLJ*, 1996, pp. 266-309.

(138) Sentenza C 70 del 25 novembre 2000.

(139) Cfr. § 145: « f) *el Estado violó el derecho a la integridad personal de la familia de Bámaca Velásquez como resultado de las angustias y los sufrimientos que padecieron como consecuencia de la desaparición forzada de Efraín Bámaca Velá-*

accoglie la domanda sulla base della giurisprudenza precedente (140).

Nell'opinione concorrente annessa, il Presidente getta tuttavia un seme più vasto per il futuro (141): il rispetto del cadavere e la celebrazione dei riti funebri sono diritti che oltrepassano le frontiere di una sola cultura, appartengono al patrimonio giuridico universale (142).

La Corte supera del resto anche in altro la pronuncia *Blake*:

---

squez. La incertidumbre generada por la falta de efectividad de los recursos de la jurisdicción interna constituyó un trato cruel. Además, el hecho de no haber dado digna sepultura a los restos de Bámaca Velásquez tiene hondas repercusiones en la cultura maya a la que éste pertenecía, por la relevancia central que tiene en su cultura el vínculo activo que une a los vivos con los muertos, pues la falta de un lugar sagrado a donde acudir para velar por este nexo constituye una preocupación profunda que brota de los testimonios de muchas comunidades mayas ».

(140) Cfr. § 161: « *esta Corte incluso llegó a afirmar, en el reciente caso de los "Niños de la Calle", que las madres de las víctimas sufrieron por la negligencia de las autoridades para establecer la identidad de aquéllas; porque dichos agentes estatales no hicieron esfuerzos adecuados para localizar a los parientes inmediatos de las víctimas y notificarles sus muertes, postergando la oportunidad de darles sepultura acorde con sus tradiciones; porque las autoridades públicas se abstuvieron de investigar los delitos correspondientes y de sancionar a los responsables de éstos* ».

(141) Così §§ 8-9 e 13: « *trátase de una preocupación de las más antiguas del ser humano, inmortalizada, v.g., más de cuatro siglos antes de Cristo, por la célebre tragedia de Antígona de Sófocles, que versaba precisamente sobre la firme determinación de Antígona de enfrentar la tiranía de Creonte y dar una sepultura digna a uno de sus dos hermanos muertos al igual que al otro hermano enterrado. En realidad, la búsqueda de un entendimiento de la muerte encuéntrase presente en todas las culturas y tradiciones filosóficas del mundo. Es este un tema verdaderamente universal, además de perenne, cultivado por las culturas de todos los pueblos en todos los tiempos... En realidad, el respeto a los muertos no es un elemento enteramente ajeno a la práctica judicial internacional. Recuérdese que, en la Opinión Consultiva de la Corte Internacional de Justicia del 16 de octubre de 1975 sobre el Sahara Occidental, la Corte de la Haya tomó en cuenta el* modus vivendi, *las prácticas culturales de las poblaciones nómadas del Sahara Occidental, al afirmar el derecho de éstas a la autodeterminación. Uno de los elementos, señalados por el Tribunal, componentes de la cultura de las tribus nómadas del Sahara Occidental, fue precisamente el cultivo de la memoria de los muertos. En suma, el respeto a los muertos es debido en las personas de los vivos, titulares de derechos y de deberes* ».

(142) « *La diversidad cultural tampoco ha impedido la creación, en nuestros días, de un verdadero régimen internacional contra la tortura, las desapariciones forzadas de personas, y las ejecuciones sumarias, extra-legales y arbitrarias. Todo ésto impone la salvaguardia de los derechos inderogables en cualesquiera circunstancias... Las convergencias normativa y hermenéutica entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, reconocidas en la pre-*

l'ostilità e le minacce dello Stato nei confronti della vedova per intimidirla ed indurla ad abbandonare le ricerche sul destino del marito e, in seguito, la negazione del cadavere dello stesso, hanno fatto di Jennifer Harbury de Bámaca Velásquez e dei suoi suoceri tre vittime, a titolo autonomo, non solo della violazione di vari profili del diritto alla tutela giurisdizionale (artt. 8 e 25 della Convenzione) (143), ma anche del diritto all'integrità personale sotto un profilo maggiore e più grave del già ritenuto, quello della tortura (144).

Oltre che nell'art. 5 del Patto di San José, e sempre a domanda della Commissione, la Corte cerca deliberatamente (pur sapendo perfettamente di non avere legittimazione giurisdizionale al riguardo) (145) conforto testuale alle sue prime conclusioni anche nell'art. 3 comune delle Convenzioni di Ginevra (146),

---

sente Sentencia, contribuyen a situar dichos derechos inderogables, — a empezar por el propio derecho fundamental a la vida — en definitivo en el dominio del jus cogens... Todos los avances mencionados, debidos a esta conciencia jurídica universal, se han dado en medio a la diversidad cultural... Dichas manifestaciones culturales — como la del respeto a los muertos en las personas de los vivos, titulares de derechos y de deberes — son como piedras sobrepuestas con las cuales se erige la gran pirámide de la universalidad de los derechos humanos »: così §§ 26-28.

(143) Nel quale il Collegio ricomprende anche il « diritto soggettivo alla verità »: cfr. §§ 200-202. Sull'impunità assicurata dallo Stato ai responsabili, vedi §§ 134, 137 e 190.

(144) §§ 165-166: « *la Corte ha valorado las circunstancias del presente caso, particularmente la continua obstrucción a los esfuerzos de Jennifer Harbury por conocer la verdad de los hechos, y sobre todo el ocultamiento del cadáver de Bámaca Velásquez y los obstáculos que interpusieron diversas autoridades públicas a las diligencias de exhumación intentadas, así como la negativa oficial de brindar información al respecto. Con base en dichas circunstancias, la Corte considera que los padecimientos a los que fue sometida Jennifer Harbury constituyeron claramente tratos crueles, inhumanos y degradantes violatorios del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención. La Corte entiende además que la falta de conocimiento sobre el paradero de Bámaca Velásquez causó una profunda angustia en los familiares de éste, mencionados por la Comisión, por lo que considera a éstos también víctimas de la violación del artículo citado. Por lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó, en perjuicio de Efraín Bámaca Velásquez así como de Jennifer Harbury, José de León Bámaca Hernández, Egidia Gebia Bámaca Velásquez y Josefina Bámaca Velásquez, el artículo 5.1 y 5.2 de la Convención* ». Mette conto segnalare che la Corte fa applicazione non solo della norma *ad hoc* del Patto di San José, ma anche della Convenzione Interamericana sulla Tortura, firmata a Cartagena de las Indias il 12 settembre 1985 ed entrata in vigore il 28 febbraio 1987.

(145) § 208.

(146) « *El artículo 3 común de los Convenios de Ginebra constituye un va-*

applicabile alla fattispecie a cagione dello scontro armato in corso nello Stato al momento dei fatti (147). Il richiamo alla norma avviene attraverso l'art. 1 del Patto (148) ed un precedente recentissimo, in cui la relativa eccezione preliminare è stata abilmente circumnavigata (149). Il desiderio del Collegio di universalizzare le fondazioni dei propri ragionamenti è evidente.

La necessità dell'interpretazione lata del concetto di vittima è sottolineata anche nel *voto razonado concurriente* del Giudice García Ramírez (150), ma la Corte vi è altresì invitata a conside-

---

lioso parámetro para la interpretación de las disposiciones de la Convención Americana, en lo relativo al trato brindado por los agentes estatales a Bámaca Velásquez »: così § 203. Lo Stato stesso aveva del resto ammesso, « *en relación con la aplicación al caso del derecho internacional humanitario, que si bien el caso fue planteado bajo los términos de la Convención Americana, la Corte por tener amplia facultad de interpretación del derecho internacional puede aplicar cualquier otra disposición que creyera conveniente* »: § 204.

(147) Cfr. § 121 b).

(148) Cfr. § 203 ss.

(149) « *La interacción interpretativa entre distintos instrumentos internacionales de protección internacional de los derechos de la persona humana es convalidada por el artículo 29(b) de la Convención Americana. En efecto, tal ejercicio de interpretación es perfectamente viable, y conducente a la afirmación del derecho a no ser privado de la vida arbitrariamente (un derecho inderogable, bajo el artículo 4 (1) de la Convención Americana) en cualesquiera circunstancia, tanto en tiempo de paz como de conflicto armado no-internacional (en los términos del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra de 1949)* »: così il voto del Presidente Cançado annesso alla pronunzia sul caso *Las Palmeras*, *cit.*, §§ 3-4, il quale specifica tuttavia di seguito che « *sin embargo, el propósito concreto y específico del desarrollo de las obligaciones* erga omnes *de protección puede ser mejor servido, más bien por la identificación y cumplimiento de la obligación general de garantía del ejercicio de los derechos de la persona humana, común a la Convención Americana y las Convenciones de Ginebra, que por una correlación entre normas sustantivas — relativas a derechos protegidos, como el derecho a la vida — de la Convención Americana y las Convenciones de Ginebra. Aquella obligación general se encuentra consagrada tanto en el artículo 1.1 de la Convención Americana como en el artículo 1 de las Convenciones de Ginebra y el artículo 1 del Protocolo Adicional I (de 1977) a las Convenciones de Ginebra. Su tenor es el mismo: trátase de respetar y hacer respetar las normas de protección, en todas las circunstancias. Es este, a mi modo de ver, el denominador común (que curiosamente parece haber pasado desapercibido en el alegato de la Comisión) entre la Convención Americana y las Convenciones de Ginebra, capaz de conducirnos a la consolidación de las obligaciones* erga omnes *de protección del derecho fundamental a la vida, en cualesquiera circunstancias, tanto en tiempo de paz como de conflicto armado interno* »: così §§ 7-8.

(150) Cfr. §§ 2-5.

rare, quale ulteriore effetto della giustizia negata, la dimensione pubblicistica e collettiva del diritto alla verità (151) e ad affermarne l'esistenza in via ermeneutica, nel silenzio del trattato.

Lo *spatium decisionis* tende dunque ad allargarsi (152): il tempo delle prime opinioni consultive è ormai lontano (153).

4. Strettamente correlato al concetto di vittima, un altro problema merita di essere segnalato, anch'esso risolto nel caso *Villagrán Morales y otros* e successivamente affrontato, sotto diversa angolatura, dall'ordinanza E 3 del 18 agosto 2000, relativa al *Caso de los Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana*: quello dell'ambito d'applicazione delle obbligazione positive (154) in rapporto al diritto alla vita.

Certa che quest'ultimo importi per lo Stato non solo l'obbligo di astenersi dal privare arbitrariamente chiunque dell'esistenza, ma altresì il dovere di fare quanto necessario affinché la vita sia preservata, la Commissione ha chiesto (prima fattispecie) alla Corte la condanna dello Stato anche a sensi dell'art. 19 del Patto: sia perché « *los delitos cometidos contra dichos menores constituyen un ejemplo de las graves violaciones de derechos humanos de que fueron objeto niños de la calle guatemaltecos en el período de tiempo de que se trata en la denuncia de este caso* »,

---

(151) §§ 17-22. In letteratura si veda ad esempio ABREGÚ, *La tutela judicial del derecho a la verdad en la Argentina*, in *Revista IIDH*, 1996, 25, pp. 11-47.

(152) Nel § 25 del medesimo voto concorrente, la Corte è invitata a « *ir más lejos en su apreciación de este tema, aun cuando no se le requiriese en los términos estrictos de la demanda* » anche riguardo all'art. 3 comune, attraverso la teorica dello *jus cogens*: « *a través de la evidente coincidencia — que pone de manifiesto un consenso internacional — entre disposiciones de la Convención Americana, de los Convenios de Ginebra y de otros instrumentos internacionales acerca de derechos humanos inderogables* ».

(153) Nelle *plaidoiries* della Repubblica Federale Tedesca nel citato caso *La Gard*, numerosi sono i riferimenti all'OC 16-99, *cit.*, e alla natura di diritto fondamentale, strumentale alle garanzie minime di difesa, del diritto all'informazione consolare, e puntuale è il riferimento alla pronunzia C 52 del 30 maggio 1999 *cit.*, nel caso *Castillo Petruzzi y otros c. Perú*. Anche BAEHR, *Human Rights*, MacMillan Press, 1999, p. 80, riconosce che « *the Inter-American organs in the field of human rights have gained prestige over the years* ».

(154) L'obbligazione positiva si deve infatti a Giorgio Balladore Pallieri e alla « sua » sentenza Marckx.

sia, soprattutto, perché « *el Estado omitió tomar medidas destinadas a salvaguardar la formación y la vida de las víctimas* » (155).

Non si tratta dunque del medesimo interrogativo risolto dalla Corte europea (156), ma di altro, diverso e più complesso; un interrogativo apparentemente proprio solo dei Continenti diseredati, in realtà anche nostro e stimolante in ogni caso: la relazione tra i diritti fondamentali di libertà, segnatamente il diritto alla vita, e i diritti economici fondamentali (157).

Nella parte motiva della decisione, il Collegio recepisce testualmente un passo dell'opinione concorrente di Cançado Trindade e Abreu Burelli: richiama la necessità dell'interpretazione dinamica ed evolutiva dei trattati internazionali in genere e di quelli sui diritti umani in particolare (158), analizza le norme

---

(155) §§ 179 e 181.

(156) Cfr. ad esempio sentenza *Mc Cann ed altri c. Regno Unito*, *cit.*, e sentenza *Bertakay c. Turchia*, *cit*.

(157) « *La Comisión describió a los tres niños víctimas de los hechos de este caso como personas que vivían en condiciones socioeconómicas extremadamente precarias y que luchaban por sobrevivir solos y temerosos en una sociedad que no los acogía, sino que los excluía... y sostuvo que la razón de ser del artículo 19 de la Convención radica en la vulnerabilidad de los niños y en su incapacidad para asegurar por sí mismos el respeto de sus derechos. Igualmente, afirmó que mientras que las consecuentes responsabilidades de protección corresponden en principio a la familia, en el caso de niños en riesgo se requieren medidas que emanen del Estado. Según la Comisión este deber estatal especial abarca el amparo de una amplia gama de intereses, sociales, económicos, civiles y políticos, del niño. En la contestación de demanda, el Estado guardó silencio sobre este punto y no se pronunció sobre el tema en los alegatos finales* »: così §§ 182 e 184-186.

(158) « *Esta Corte ha dicho que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31). De conformidad con esta postura, la Corte también ha afirmado que a manera de interpretación autorizada, los Estados miembros han entendido que la Declaración Americana contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta de la Organización se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar esta última en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes en ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración. El Tribunal ha señalado anteriormente que esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Sobre el particular, esta Corte ha entendido que tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de*

pertinenti della Convenzione O.N.U sui diritti del fanciullo (159), e così prosegue: « *las normas transcritas permiten precisar, en variadas direcciones, los alcances de las ''medidas de protección'' a que alude el artículo 19 de la Convención Americana. Entre ellas merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación* » (160).

La conclusione discende pianamente: « *cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los ''niños de la calle'', los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el ''pleno y armonioso desarrollo de su personalidad'', a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida* » (161). I ragazzi del chiosco Pepsi Cola sarebbero dunque stati vittime anche se non fossero stati uccisi; erano già vittime quando furono uccisi.

« *Hay* », infatti, « *diversos modos de privar a una persona ar-*

1969. Tanto esta Corte, como la Corte Europea, han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris *internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana. La Convención sobre los Derechos del Niño contiene diversas disposiciones que guardan relación con la situación de los niños de la calle que se examina en este caso y pueden arrojar luz, en conexión con el artículo 19 de la Convención Americana, sobre la conducta que el Estado debió haber observado ante la misma* »: così §§ 192-194.

(159) Artt. 2, 3, 6, 20, 27 e 37.

(160) Così § 196, con la stessa metodologia già sopra segnalata. Nella vasta letteratura relativa alla possibilità di giurisdizionalizzare i diritti economici, sociali e culturali, vedi da ultimo SACHS, *Social and Economic Rights: Can They Be Made Justiciable?*, in *SMULR*, 2000, pp. 1381-1391.

(161) Così § 191.

bitrariamente de la vida: cuando es provocada su muerte directamente por el hecho ilícito del homicidio, así como cuando no se evitan las circunstancias que igualmente conducen a la muerte de personas »: nella fattispecie, « *a la vida* » biologica già non corrispondevano più contenuti giuridici minimi indispensabili, essa « *ya carecía de cualquier sentido: ...los niños victimados ya se encontraban privados de crear y desarrollar un proyecto de vida y aun de procurar un sentido para su propia existencia* » (162).

Ancor più espliciti altri passaggi del voto concorrente, nel quale il ragionamento e la teoria del « *proyecto de vida* » (163) sono ripresi e sviluppati in continuo.

Se la libertà è condizione fondamentale della vita, intesa anche come progettazione dell'essere umano per se stesso, altrettanto fondamentale è che ad ogni persona sia possibile poter pervenire a questa ideazione: quando la libertà è o è resa orfana della possibilità di elaborare un sia pur minimo disegno esistenziale, essa scandisce, paradossalmente, una non-vita; il diritto alla vita è privato del contenuto più significativo.

Le parole al riguardo sono chiare: « *una persona que en su infancia vive en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear su proyecto de vida, experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual; la muerte física que a ésta sigue, en tales circunstancias, es la culminación de la destrucción total del ser humano* (164)... *De ahí la vinculación inexorable que constatamos, en las circunstancias del presente caso, entre los artículos 4 (derecho a la vida) y 19 (derechos del niño) de la Convención Americana* (165). *Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos*

---

(162) Op. concorrente, § 3.

(163) « *Creemos que el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana. En nuestro Voto Razonado Conjunto en el caso Loayza Tamayo versus Perú (Reparaciones, 1998) sostuvimos que el daño al proyecto de vida debe ser integrado al universo conceptual de las reparaciones bajo el artículo 63.1 de la Convención Americana. Ahí expresamos que el proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino* ».

(164) Così § 9.

(165) *Ibidem*, § 7.

económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos » (166).

Nella visione della sentenza e del voto concorrente, la relazione che lega diritti fondamentali di libertà (diritto alla vita) e diritti economici fondamentali è dunque, al pari della collocazione dell'uomo nel tempo e proprio anche per questo (167), indissolubile: i diritti economici sono *inesorabilmente* strumentali (168) alla realizzazione effettiva e concreta del diritto alla vita, al pari della libertà. Come già nel caso *Loayza Tamayo*, la concettualità è diversa rispetto a quella dominante, tanto più quando essa adombra (169) come conseguenza, se pur limitata al *cas d'espèce* (170), la valorazione dei diritti economici sotto l'egida della norma di *jus cogens*.

Apparentemente più cauta, l'ordinanza E 3 riprende in realtà consapevolmente il filo del ragionamento sostanziale accennato: per le misure cautelari urgenti domandate, la Commissione ha infatti azionato diversi profili dell'obbligo di non discriminazione (171) solo perché non esiste, allo stato, un diritto internazionalmente garantito dei lavoratori immigrati a non essere

---

(166) *Ibidem*, § 4.

(167) Si leggano al riguardo le pagine iniziali del voto annesso alla sentenza *Blake* sul merito.

(168) L'interrelazione necessaria e strumentale era già stata illustrata da CANÇADO TRINDADE, *Legal Dimension of the Right to Development: Some Conceptual Aspects*, in *Revista IIDH*, 1990, 12, pp. 81-98 e segnatamente pp. 86-92.

(169) « *Creemos que el proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana. En nuestro Voto Razonado Conjunto en el caso Loayza Tamayo versus Perú (Reparaciones, 1998) sostuvimos que el daño al proyecto de vida debe ser integrado al universo conceptual de las reparaciones bajo el artículo 63.1 de la Convención Americana* »: così § 8.

(170) « *Las necesidades de protección de los más débiles, — como los niños en la calle, — requieren en definitiva una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna* »: così § 7.

(171) « *... Hasta la fecha, no ha habido cambio alguno en la práctica de las autoridades dominicanas de deportar y expulsar a personas haitianas y dominicanas de origen haitiano. Esta práctica, realizada de manera arbitraria, sumaria y sin garantías, sigue siendo dirigida contra individuos cuyo color de la piel es "negro". Por ser negros, se sospecha de ser haitianos y, por ser haitianos, se presume que son ilegales y se les expulsa* »: § 11 b).

espulsi quando le condizioni economiche del paese ospite non ne permettano più la permanenza (172).

Innovando rispetto alla prassi, la Corte discute le *medidas provisionales* in apposita udienza e le carte sono subito poste sul tavolo, delimitano il gioco: mentre la Commissione sollecita misure generali e collettive (173), la Repubblica Dominicana si proclama « *en la mejor disposición de examinar cualquier caso individual en el que se alegue una violación de derechos, a fin de corregir cualquier exceso en que se haya podido incurrir y tomar medidas en el mismo contexto en que avanza hacia un perfeccionamiento de los mecanismos de repatriación* ».

Processualmente stretta tra l'inesistenza dell'*actio popularis* (174) e le risultanze delle prove testimoniali, la Corte trae il massimo possibile *effet utile* dal contesto e, se pur delibera *in momentu* solo rispetto ai noti, ordina a Commissione e Stato di fornire quanto più celermente informazioni circa i « *bayetes fronterizos* » (175), cioè le comunità dove si concentrano le

---

(172) « *Nadie cuestiona la existencia de un derecho a emigrar, como corolario del derecho a la libertad de movimiento. Pero los Estados aún no aceptaron un derecho a inmigrar y a permanecer donde uno se encuentre. Como, a juicio de los Estados, no hay un derecho humano de inmigrar y de permanecer donde uno esté, el control de los ingresos migratorios, sumado a los procedimientos de deportaciones y expulsiones, encuéntranse sujetos a sus propios criterios soberano* »: così il voto di Cançado, § 8.

(173) « *La Comisión reconoce que la política inmigratoria de cada Estado es una decisión soberana suya; sin embargo, la misma tiene límites. Así, de conformidad con la Convención Americana, esta política no puede afectar los derechos de los nacionales a salir, a entrar del país y a fijar residencia en cualquier lugar del mismo; esta política debe reconocer a los extranjeros con* status *legal el derecho a no ser deportados, sino por decisión fundada en la ley y debe prohibir la expulsión colectiva de extranjeros, con o sin* status *legal. Asimismo, la política inmigratoria debe garantizar para cada caso una decisión individual con las garantías del debido proceso; debe respetar el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la familia y el derecho de los niños a obtener medidas especiales de protección. Por último, la ejecución de dicha política no puede resultar en tratos crueles, inhumanos y degradantes, ni en discriminaciones por razones de raza, color, religión o sexo* »: così § 11 a). « *La República Dominicana está obligada a mantener una política de retorno y expulsión permanente... el problema de Haiti es un problema de la comunidad internacional y, sobretodo, de los países más ricos; la República Dominicana tiene grandes limitaciones económicas, grandes niveles de pobreza y no puede cargar sola sobre sus hombros la realidad económica, social, ambiental, política, institucional y de seguridad que vive el pueblo haitiano* »: così § 12 c) e d).

(174) « *La Comisión indicó, en respuesta a una cuestión planteada por el Presidente de la Corte en la audiencia pública, que su solicitud de medidas provisionales era una acción popular* (actio popularis) »: così § 15 b).

(175) Sul problema delle immigrazioni da Haiti alla Repubblica Dominica-

espulsioni forzate (176): i diritti da salvaguardare sono la tutela del nucleo familiare e dei figli minori e il diritto alla residenza dei legalmente immigrati (177).

Soprattutto, nessuna difficoltà ermeneutica si oppone a che l'art. 63 (2) del Patto venga applicato anche ad ipotesi diverse da quelle ormai universalmente recepite, che coinvolgono il diritto alla vita o alla libertà personale in senso stretto (178).

Secondo regole ormai consuete, spetta al Presidente affron-

---

na per ragioni di sopravvivenza, vedi BOX and BOX-LASOCKI, *¿Sociedad fronteriza o frontera social? Transformaciones sociales en la Zona Fronteriza de la República Dominicana (1907-1984)*, in *Boletin de Estudios Latinoamericanos y del Caribe*, 1988-89, p. 46 ss.

(176) « *No ha sido demostrado en la audiencia pública de 8 de agosto de 2000, ni en los escritos presentados ante la Corte, que la República Dominicana mantiene una política de Estado de deportaciones y expulsiones masivas en violación de las normas expresas en la Convención; sin embargo, los testimonios presentados en la referida audiencia pública permiten a la Corte establecer una presunción* prima facie *de la ocurrencia de casos en los que individuos son objeto de abusos. En la mencionada audiencia pública se aportó información sobre comunidades o "bateyes" fronterizos cuyos integrantes están sujetos a repatriaciones forzadas, deportaciones o expulsiones, por lo que la Corte estima necesario obtener información adicional sobre la situación de los miembros de dichas comunidades o "bateyes"... [La Corte] resuelve: Requerir al Estado de la República Dominicana y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que suministren a la Corte Interamericana de Derechos Humanos información detallada sobre la situación de los miembros de las comunidades o "bateyes" fronterizos que puedan estar sujetos a repatriaciones forzadas, deportaciones o expulsiones* »: così §§ 5-6 e punto risolutivo 11.

(177) Cfr. *puntos resolutivos* 4, 5 e 6. « *La indivisibilidad de todos los derechos humanos se manifiesta tanto en el fenómeno del desarraigo como en la aplicación de las medidas provisionales de protección. Siendo así, no hay, jurídica y epistemológicamente, impedimiento alguno a que dichas medidas, que hasta el presente han sido aplicadas por la Corte Interamericana en relación con los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal (artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sean aplicadas también en relación con otros derechos protegidos por la Convención Americana. Siendo todos estos derechos interrelacionados, se puede perfectamente, en mi entender, dictar medidas provisionales de protección de cada uno de ellos, siempre y cuando se reúnan los dos requisitos de la "extrema gravedad y urgencia" y de la "prevención de daños irreparables a las personas", consagrados en el artículo 63 (2) de la Convención. Es ésta la primera vez en su historia que la Corte procede de ese modo, consciente de la necesidad de desarrollar, por su jurisprudencia evolutiva, nuevas vías de protección inspiradas en la realidad de la intensidad del propio sufrimiento humano* ».

(178) « *Ni la letra ni el espíritu del artículo 63.2 de la Convención Americana impiden o restringen a que el daño irreparable sea un daño a la vida, a la integridad o a algún otro derecho. Existe, entonces, la necesidad de reconocer que otros de-*

tare il « *desarraigo* », « *sobretodo de aquellos que buscan escapar del hambre, de las enfermedades y de la miseria, con graves consecuencias e implicaciones para la propia normativa internacional de la protección del ser humano* ».

Il tema è sempre quello dei rapporti tra diritti economici e diritti fondamentali, sotto la prospettiva diversa dei diritti collettivi (179) negli Stati stranieri.

Nonostante un richiamo alla solidarietà come valore *giuridico* della coscienza giuridica universale (180), a nessuno sfugge che sugli Stati d'immigrazione non grava alcun obbligo internazionale generale in materia: le decisioni sulle politiche economiche e immigratorie sono e restano appannaggio esclusivo della sovranità di ciascuno; secondo la costante giurisprudenza della Corte europea, quando esistano possibilità effettive e concrete di un controllo giurisdizionale sui provvedimenti d'espulsione, gli odierni trattati sui diritti umani possono dirsi osservati. « *La normativa de protección atinente a los derechos humanos sigue siendo insuficiente, ante la falta de acuerdo en cuanto a las bases de una verdadera cooperación internacional referente a la protección de todos los desarraigados* », ma « *la presente Resolución de la Corte revela* » almeno « *que el concepto de proyecto de vida, tratado recientemente en el ejercicio de su función contenciosa en materia tanto de fondo como de reparaciones, marca igualmente presencia en el plano de las medidas provisionales de protección* ».

E così è infatti: il 12 novembre 2000 la Corte sollecita *motu proprio* (181) al Presidente dell'Assemblea OSA le misure di sua

---

rechos consagrados en la Convención sean objeto de una protección semejante a la que hasta la fecha se le ha otorgado a la vida y a la integridad personal »: così § 11 d).

(179) Recentissimamente vedi per il « versante » europeo, NOVITZ, *Remedies for Violations of Social Rights within the Council of Europe: The Significant Absence of a Court*, in *The Future of Remedies in Europe*, Kilpatrick, Novitz and Skidmore eds., Oxford, 2000, pp. 231-251.

(180) Poiché il fenomeno è « *un problema que afecta a toda la comunidad internacional, concepto éste que ya ha sido respaldado por la doctrina contemporánea más lúcida del derecho internacional* »: §§ 11 e 12.

(181) Con « *carta firmada por todos los Jueces, en la cual se indicó* inter alia *que el cumplimiento por parte del Estado "tiene efectos particulares en el caso Loayza Tamayo quién, según información fidedigna recibida por la Corte, se encuentra en serias dificultades económicas y de salud que se podrían paliar, al menos en parte, mediante el cumplimiento de la respectiva sentencia". En dicha nota la Corte solicitó*

competenza e il 3 febbraio 2001, ratificata un'ordinanza presidenziale di due mesi prima e nel contraddittorio tra Commissione e Stato, detta *medidas provisionales* (182) per María Elena Loayza Tamayo.

L'obbligo dello Stato di pagare (183) finalmente i danni, conseguenza dell'accettazione della giurisdizione della Corte e del carattere obbligatorio delle sentenze di questa, è dato per scontato e nessun riferimento vi è svolto: la Corte prende atto delle aggravate condizioni esistenziali della vittima, le definisce una minaccia grave ed irreparabile al diritto alla vita (184) e agisce sull'obbligo internazionale dello Stato di tutelarlo. Attese le difficoltà connesse allo *status* di esule-rifugiata della vittima (185), la Corte ordina (186) allo Stato di assicurarne il ritor-

---

al Secretario General que sometiera, "a la mayor brevedad posible la comunicación al Consejo Permanente y, posteriormente a la Asamblea General de la Organización" »: così il 4° considerando dell'ordinanza.

(182) Sulle pronunce cautelari urgenti in genere, vedi PASQUALUCCI, *Medidas provisionales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una comparación con la Corte Internacional de Justicia y la Corte europea de Derechos Humanos*, in *Revista IIDH*, 1994, 19, pp. 47-112 e QUINTANA, *op. loc. citt.*, pp. 121-145 mentre per quelle specificamente destinate a garantire l'incolumità dei testimoni destinati a comparire davanti alla Corte vedi VIVANCO y MÉNDEZ, *Medidas de protección para testigos en casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, *ibidem*, pp. 157-172. Nel punto 8 dell'ordinanza, la Corte così si esprime: « *[considerando] que, en su jurisprudencia, este Tribunal ha protegido, mediante la adopción de medidas provisionales, a testigos que han presentado declaraciones ante la Corte, con mayor razón se justifica la adopción de medidas provisionales cuando es un peticionario en un caso contencioso pendiente ante la Corte quien afirma temer por su integridad personal* ». Mentre l'obbligatorietà delle misure cautelari urgenti ordinate dalla Corte a richiesta della Commissione è discussa in relazione ad « *asuntos* » non ancora sottoposti alla sua giurisdizione, essa è invece certa con riguardo a « *casos* » già radicati e pendenti davanti alla Corte stessa.

(183) « *El Estado aún no ha cumplido con el mandato de la Corte de dar pronto cumplimiento a la Sentencia de Reparaciones de 27 de noviembre de 1998 dictada por aquélla, de conformidad con la Resolución de la misma Corte de 17 de noviembre de 1999... En este particular, como ya ha afirmado esta Corte, es responsabilidad del Estado adoptar medidas de seguridad para proteger a todas las personas que estén sujetas a su jurisdicción* »: così consideranda 1b) e 9.

(184) Nei sensi di cui all'Ordinanza E 3.

(185) La situazione economica in cui versa l'Alto Commissariato O.N.U. per i Rifugiati, che ha accordato alla vittima il relativo *status*, è di dominio pubblico, al pari dell'impossibilità dello stesso, decorso un certo periodo di tempo (normalmente due anni), di accudire agli aventi diritto, stimati approssimativamente nel 1999 in cinquanta milioni.

(186) L'espressione sempre usata è « *La Corte resuelve requerir al Estado* ».

no incolume in Perù e specifica che per « incolumità » essa intende non solo quella fisica, ma anche quella psichica (187), cioè un trattamento medico-riabilitativo di tutte le conseguenze del passato, incluso quello post-liberazione.

Lo Stato ha tentato una difesa puramente formale (188): come sempre, la Corte continua a dichiarare il caso ancora aperto e a « trattenerlo presso di sé » (189) per monitorarlo.

Il sistema interamericano di protezione dei diritti umani non sembra dunque poi così « nudo ».

Confrontato con fattispecie, singole e su scala, di costante gravità (190), esso sembra anzi cresciuto in maniera significativa e capace di superare gli avvenimenti giuridico-politici dai quali è stato direttamente colpito (191): l'accresciuta devoluzione dei ri-

---

(187) Cfr. considerando 12 e punto risolutivo 1.

(188) Il Governo afferma infatti che nessun « inconveniente » si frappone al ritorno della vittima, nessuna formalità essendo richiesta per l'ingresso di un cittadino peruviano nel proprio paese. Nessun riferimento è tuttavia fatto alla sentenza di condanna a vent'anni di carcere duro mai annullata o dichiarata nulla o agli atti processuali tuttora pendenti davanti al giudice per il terrorismo.

(189) « *La Corte resuelve que supervisará el cumplimiento de esta sentencia [y sólo después dará por concluido el caso] o [y sólo después archiviará el expediente]* ».

(190) Le sole fattispecie suscettibili di essere definite meno gravi sono quelle dedotte nei casi *Baena Ricardo y otros c. Panamá - 270 trabajadores de Panamá* (sentenza C 61 del 18 novembre 1999 sulle eccezioni preliminari e C 72 del 2 febbraio 2001 sul merito); *Comunidad Mayagna (Suno) de Awas Tingni* (sentenza C 67 sulle eccezioni preliminari del 1° febbraio 2000) e *Olmedo Bustos y otros c. Chile*, noto come « *el caso de la Ultima Tentación de Cristo* » (sentenza C 73 del 5 febbraio 2001). In dottrina si veda HERRENDORF, *El tímido diálogo entre el sistema interamericano de protección de los derechos humanos y sus Estados miembros*, in *Revista IIDH*, 1990, 12, pp. 11-19. FARER, *The Rise of the Inter American...*, cit., p. 510, sottolinea che mentre « *the post-war West European setting did not invite, nor did it require, unpredictable improvisation or heroic challenges to the expectations and desires of the governing elites, Latin America, by comparison, has been a feral jungle for most of the Inter-American regime's remarkable life* ».

(191) Mi riferisco al « *retiro con efecto inmediato del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* », deciso dallo Stato il 7 luglio 1999 con la *Ley* N° 27.152, d'iniziativa dello stesso Presidente della Repubblica. La Commissione prese posizione al riguardo con il comunicato stampa 21/99 del 9 luglio 1999: « *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos deplora profundamente esta decisión sin precedentes del Estado peruano, que pretende limitar la protección del sistema hemisférico de derechos humanos para los habitantes del Perù... La Comisión observa que la decisión en cuestión no altera de*

corsi individuali dalla Commissione alla Corte lo dimostra (192), ma anche la fiducia che questa ha saputo guadagnarsi con molte sentenze e non poche ordinanze cautelari urgenti (193).

5. Ed anche la quart'ultima pronuncia lo conferma, con riguardo a una *ley de autoamnistía* (194) e al Perú (195).

---

ninguna manera la obligación del Estado peruano de cumplir a cabalidad las resoluciones adoptadas por la Corte Interamericana, ni afecta la jurisdicción de este organismo para conocer en los casos de Baruch Ivcher, el Tribunal Constitucional y los demás que están en trámite en el sistema. En cuanto a los restantes asuntos, la Comisión se encuentra evaluando la validez de la decisión del Estado peruano a la luz del derecho internacional y hará conocer su posición en la oportunidad y en el foro que correspondan. En cualquier circunstancia, el Estado peruano continúa obligado a respetar sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos bajo la jurisdicción de la Comision... ». Sulla posizione, poi, assunta da Jorge Santistevan de Noriega, che all'epoca reggeva la *Defensoria del Pueblo*, si veda volendo il sito http://www.humanrights-it.org., n. 2.

(192) Mi sia permesso segnalare al riguardo il mio « *Le istanze internazionali di giustizia a cinquant'anni dalla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo* », in *Atti del Congresso di Lecce*, 6-8 novembre 1998, in corso di stampa, pp. 149-219 e segnatamente p. 205 ss.

(193) Quanto alle prime, si veda a titolo d'esempio la pronunzia C 62 del 19 novembre 1999 sull'interpretazione della sentenza di merito (C 56 del 29 settembre 1999) nel caso *Cesti Hurtado c. Perú*, nella quale la Corte fissa il principio che la domanda d'interpretazione non sospende l'esecuzione della sentenza sul fondo; quanto alle seconde, si veda, sempre a puro titolo d'esempio, l'ordinanza 27 giugno 1996 - caso *Vogt (Guatemala)*; l'ordinanza 22 luglio 1997 - caso *Alvarez y otros (Colombia)* e tutte le ordinanze relative ai casi *Carpio Nicolle* e *Colotenango (Guatemala)*.

(194) « *La Comisión sometió el caso con el fin de que la Corte decidiera que hubo violación, por parte del Estado, del artículo 4 (Derecho a la Vida) de la Convención Americana, en perjuicio de Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Luis Alberto Díaz Astovilca, Octavio Benigno Huamanyauri Nolazco, Luis Antonio León Borja, Filomeno León León, Máximo León León, Lucio Quispe Huanaco, Tito Ricardo Ramírez Alberto, Teobaldo Ríos Lira, Manuel Isaías Ríos Pérez, Javier Manuel Ríos Rojas, Alejandro Rosales Alejandro, Nelly María Rubina Arquiñigo, Odar Mender Sifuentes Nuñez y Benedicta Yanque Churo. Asimismo, pidió a la Corte que decidiera que el Estado violó el artículo 5 (Derecho a la Integridad Personal) de la Convención Americana, en perjuicio de Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega y Alfonso Rodas Alvítez. Además, requirió al Tribunal que decidiera que el Estado peruano violó los artículos 8 (Garantías Judiciales), 25 (Protección Judicial) y 13 (Libertad de Pensamiento y de Expresión) de la Convención Americana como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492. Finalmente, solicitó a la Corte que determinara que, como consecuencia de la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479*

Dato atto che « *el 23 de enero de 2001* » lo Stato aveva trasmesso alla Corte « *copia facsimilar de la Resolución Legislativa N. 27401 de fecha 18 de enero de 2001, mediante la cual se ''derogó la Resolución Legislativa N. 27152'', y se restableció a plenitud para el Estado peruano la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* » (196), questa, « *haciendo uso libre y pleno, como le corresponde, de los poderes inherentes a su función judicial* (197), *por primera vez en un caso de allanamiento* (198), *además de haber admitido el reconocimiento de responsabilidad internacional por parte del Estado demanda-*

---

y N° 26492 y de la violación a los derechos señalados, el Perù incumplió los artículos 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Comisión solicitó a la Corte, además, que ordenara al Perù que: a) *reabra la investigación judicial sobre los hechos;* b) *otorgue una reparación integral adecuada por concepto de daño material y moral a los familiares de las quinze presuntas víctimas que fueron ejecutadas y de las cuatro presuntas víctimas que se encuentran con vida;* c) *derogue o deje sin efecto la Ley N° 26479 que concede ''amnistía general a personal militar, policial y civil para diversos casos'' y la Ley N° 26492 que ''precisa... la interpretación y los alcances de la amnistía otorgada por la Ley N° 26479''; y* d) *pague las costas y gastos en que han incurrido las presuntas víctimas y/o sus familiares, para litigar en este caso tanto en el ámbito interno como ante la Comisión y ante la Corte, y los honorarios razonables de sus abogados* ».

(195) « *El presente caso es fundamentalmente un caso gravísimo y tristísimo de ejecuciones extrajudiciales cometidas por agentes del Gobierno peruano, actuando en forma clandestina e ilegal... Pero es también sobre... la imposición deliberada de mecanismos legislativos y judiciales para impedir el conocimiento de los hechos y para impedir la sanción de los responsables. Es por eso que... se trata no solamente sobre los hechos sangrientos que ocurrieron en Barrios Altos, sino también sobre la actitud del ex Gobierno del Perù de violentar sus obligaciones internacionales sancionando leyes cuyo único objeto era la impunidad...* »: così § 36.

(196) Così § 28.

(197) « *La Corte, en cualesquiera circunstancia, e inclusive en casos de allanamiento, a partir del reconocimiento por parte del Estado demandado de su responsabilidad internacional por los hechos violatorios de los derechos protegidos, tiene plena facultad para determinar* motu proprio *las consecuencias jurídicas de dichos hechos lesivos, sin que dicha determinación esté condicionada por los términos del allanamiento* »: cosí il *voto razonado* concorrente del Presidente, § 2.

(198) « *El 19 de febrero de 2001 el Agente y el Agente alterno presentaron un escrito mediante el cual informaron que el Estado: 1. Reconoce su responsabilidad internacional en el caso materia del presente proceso, por lo que iniciará un procedimiento de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, así como ante los peticionarios en este caso* »: così § 31.

do (199), *también ha establecido las consecuencias jurídicas de dicho allanamiento* (200), *tal como se desprende de los categóricos párrafos 41 y 43 de la presente sentencia* » (201).

---

(199) « *Con base en este reconocimiento de responsabilidades... las partes expresarán a la Corte su disposición a iniciar un diálogo directo para arribar a un acuerdo de solución amistosa que busque satisfacer las pretensiones planteadas en relación con las reparaciones. Dicho acuerdo, como es obvio, por mandato de la Convención y del Reglamento de la Corte, sería presentado a la Honorable Corte para su homologación... Se propuso, además, una agenda preliminar que tuviera que ver con tres puntos substanciales: identificación de mecanismos para el esclarecimiento pleno de los hechos materia de la denuncia, incluyendo la identificación de los autores materiales e intelectuales del crimen, viabilidad de las sanciones penales y administrativas a todos aquellos que resulten responsables, y propuestas y acuerdos específicos relacionados con los asuntos vinculados a las reparaciones... Para tal efecto el Estado propuso que las partes solicitaran a la Corte Interamericana la emisión de sentencia de fondo inmediatamente, teniendo en cuenta el escrito de allanamiento presentado, en donde se estableciera la responsabilidad internacional que la Corte tuviera a bien determinar. Asimismo, se proponía que las partes sugirieran a la Corte que se suspendiera el pronunciamiento sobre el inicio del procedimiento reparatorio, por los plazos que las propias partes establecerían y que sean considerados conformes por la Corte. Vencido el plazo sin que se perfeccione el acuerdo, las partes se comprometían a solicitar la emisión de la sentencia correspondiente, así como a acatarla y ejecutarla en todos sus extremos* »: così § 35.

(200) « *El allanamiento, figura procesal prevista en el Reglamento de la Corte Interamericana, es un medio bien conocido de proveer a la composición del litigio. Por este medio, que implica un acto unilateral de voluntad, de carácter dispositivo, la parte demandada acepta las pretensiones de la actora y asume las obligaciones inherentes a dicha admisión. Ahora bien, este acto sólo se refiere a aquello que puede ser aceptado por el demandado, por hallarse en su ámbito natural de decisión y aceptación: los hechos invocados en la demanda, de los que deriva la responsabilidad del demandado. En la especie, se trata de hechos violatorios de un instrumento vinculante de carácter internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los que deriva una responsabilidad asimismo internacional, cuya apreciación y declaración incumben a la Corte. En esos hechos se sustentan cierta calificación jurídica y determinadas consecuencias de la misma naturaleza. En los términos de las normas aplicables al enjuiciamiento internacional sobre violaciones a derechos humanos, el allanamiento no trae consigo, de manera necesaria, la conclusión del procedimiento y el cierre del caso, ni determina, por sí mismo, el contenido de la resolución final de la Corte. En efecto, hay supuestos en que ésta puede ordenar que prosiga el juicio sobre el tema principal — la violación de derechos — no obstante que el demandado se allanó a las pretensiones del actor, cuando así lo motiven "las responsabilidades que incumben a la Corte de proteger los derechos humanos" (artículo 54 del vigente Reglamento de la Corte). Por ello, la Corte puede disponer que continúe el juicio si esta prosecución es conveniente desde la perspectiva de la tutela judicial internacional de*

Le disposizioni d'amnistia e d'autoamnistia (202) violano il

los derechos humanos. A este respecto, la valoración compete única y exclusivamente al Tribunal »: così il voto concorrente annesso del Giudice García Ramirez, §§ 3-4.

(201) « *Que disponen de modo inequívoco en el sentido de que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1 (1) y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1 (1) y 2, todos de la Convención* »: *ibidem*, § 3.

(202) « *... Sin embargo, antes de que la Corte Suprema pudiera resolver el asunto, el Congreso peruano sancionó una ley de amnistía, la Ley N° 26479, que exoneraba de responsabilidad a los militares, policías, y también a civiles, que hubieran cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a los derechos humanos o participado en esas violaciones. El proyecto de ley no fue anunciado públicamente ni debatido, sino que fue aprobado tan pronto como fue presentado, en las primeras horas del 14 de junio de 1995. La Ley fue promulgada de inmediato por el Presidente y entró en vigor el 15 de junio de 1995. El efecto de la señalada ley fue el de determinar el archivo definitivo de las investigaciones judiciales y así evitar la responsabilidad penal de los responsables de la masacre; ...la Ley N° 26479 concedió una amnistía a todos los integrantes de las fuerzas de seguridad y civiles que fueran objeto de denuncias, investigaciones, procedimientos o condenas, o que estuvieran cumpliendo sentencias en prisión, por violaciones de derechos humanos. Las escasas condenas impuestas a integrantes de las fuerzas de seguridad por violaciones de derechos humanos fueron dejadas sin efecto inmediatamente. En consecuencia, se liberó a los ocho hombres recluidos por el caso conocido como "La Cantuta", algunos de los cuales estaban procesados en el caso Barrios Altos; ...de acuerdo con la Constitución del Perù, la cual señala que los jueces tienen el deber de no aplicar aquellas leyes que consideren contrarias a las disposiciones de la Constitución, el 16 de junio de 1995 la Juez Antonia Saquicuray decidió que el artículo 1 de la Ley N° 26479 no era aplicable a los procesos penales pendientes en su juzgado contra los cinco miembros del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN), debido a que la amnistía violaba las garantías constitucionales y las obligaciones internacionales que la Convención Americana imponía al Perù. Horas después de emitida dicha decisión, la Fiscal de la Nación afirmó que la decisión de la Juez constituía un error; que se cerraba el caso Barrios Altos; que la Ley de Amnistía tenía estatuto de ley constitucional; y que los Fiscales y Jueces que no obedecen la ley pueden ser procesados por prevaricato; ...los abogados de los acusados en el caso Barrios Altos apelaron la decisión de la Juez. El caso pasó a conocimiento de la Corte Su-*

Patto per se stesse e per il loro contenuto (203), indipendentemente dall'applicazione che ne sia o non ne sia ancora stata fatta (204): « *como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos* (205) *y no pueden seguir representando un obstáculo para la*

---

perior de Lima. El 27 de junio de 1995 [el] Fiscal Superior defendió en todos sus extremos la resolución que declaraba que la Ley de Amnistía N° 26479 era inaplicable al caso Barrios Altos. Se fijó una audiencia para el 3 de julio de 1995 sobre la aplicabilidad de la ley señalada; ...la negativa de la Juez de aplicar la Ley de Amnistía N° 26479 provocó otra investigación por parte del Congreso. Antes que pudiera celebrarse la audiencia pública, el Congreso peruano aprobó una segunda ley de amnistía, la Ley N° 26492, que "estaba dirigida a interferir con las actuaciones judiciales del caso Barrios Altos". Dicha ley declaró que la amnistía no era "revisable" en sede judicial y que era de obligatoria aplicación. Además, amplió el alcance de la Ley N° 26479, concediendo una amnistía general para todos los funcionarios militares, policiales o civiles que pudieran ser objeto de procesamientos por violaciones de derechos humanos cometidas entre 1980 y 1995, aunque no hubieran sido denunciadas. El efecto de esta segunda ley fue impedir que los jueces se pronunciaran sobre la legalidad o aplicabilidad de la primera ley de amnistía, invalidando lo resuelto por la Juez e impidiendo decisiones similares en el futuro; ...el 14 de julio de 1995, la Corte Superior de Justicia de Lima decidió la apelación en sentido contrario a lo resuelto por la Juez de nivel inferior, es decir, resolvió el archivo definitivo del proceso en el caso Barrios Altos. En su sentencia dicha Corte resolvió que la Ley de Amnistía no era antagónica con la ley fundamental de la República ni con los tratados internacionales de derechos humanos; que los jueces no podían decidir no aplicar leyes adoptadas por el Congreso porque ello iría contra el principio de separación de poderes; y ordenó que la Juez fuera investigada por el órgano judicial de control interno por haber interpretado las normas incorrectamente ».

(203) « *El 9 de mayo de 2000 el Perù transmitió su respuesta al Informe de la Comisión, la cual señalaba que la promulgación y aplicación de las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 constituían medidas excepcionales adoptadas en contra de la violencia terrorista. Además, hizo notar que el Tribunal Constitucional peruano había declarado improcedente la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra las referidas leyes, pero en forma expresa señaló la subsistencia de las acciones de reparación civil en favor de los agraviados o sus familiares* »: così § 18.

(204) « *En mi Voto Disidente en el caso* El Amparo (*Interpretación de Sentencia, 1997), sostuve la tesis de que un Estado puede tener su responsabilidad internacional comprometida "por la simple aprobación y promulgación de una ley en desarmonía con sus obligaciones convencionales internacionales de protección", como lo son, en el presente caso Barrios Altos, las llamadas leyes de autoamnistía* »: stesso voto, § 8.

(205) « *En la sentencia de la Corte se advierte que las leyes de autoamnistía aludidas en el presente caso son incompatibles con la Convención Americana, que el Perù suscribió y ratificó, y que por eso mismo es fuente de deberes internacionales*

investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perù (206)... *Mientras dichas leyes permanecen en vigor, confórmase una situación continuada de violación de las normas pertinentes de los tratados de derechos humanos que vinculan el Estado en cuestión, en el presente caso, los artículos 8 y 25, en concordancia con los artículos 1(1) y 2 de la Convención* » (207).

I detenuti in attesa di processo sono ancora molti, nelle carceri peruviane e altrove; molti di essi potrebbero essere vittime potenziali della normativa condannata: ad essi soprattutto la Corte pensa, affermando ancora una volta le conseguenze che discendono dagli obblighi dello Stato.

Il concetto di vittima potenziale fa dunque il suo ingresso nella giurisprudenza del sistema latinoamericano il quale, come il Presidente afferma citando Jonesco, può quindi dire di sé « *je ne capitule pas* ».

6. Uno storico e definitivo attacco è portato infine alla teorica dominante sul risarcimento del danno dalla terz'ultima sentenza, resa dalla Corte a conclusione del caso *Villagrán Morales y otros* (208).

Nell'opinione unanime del Collegio, punto di partenza del ragionamento è il diritto delle vittime, di tutte le vittime, alla *restitutio in integrum* (209), e la constatazione che, a fronte di que-

---

del Estado, contraídos en el ejercicio de la soberanía de éste. En mi concepto, dicha incompatibilidad trae consigo la invalidez de aquellos ordenamientos, en cuanto pugnan con los compromisos internacionales del Estado. Por ello, no pueden producir los efectos jurídicos inherentes a normas legales expedidas de manera regular y compatibles con las disposiciones internacionales y constitucionales que vinculan al Estado peruano. La incompatibilidad determina la invalidez del acto, y ésta implica que dicho acto no pueda producir efectos jurídicos »: così anche il voto concorrente annesso del Giudice García Ramirez, § 15.

(206) Così il voto del Presidente Cançado, § 44.

(207) Stesso voto, § 3.

(208) Ancora senza numero, la pronuncia data del 26 maggio 2001.

(209) Cfr. § 60: « *la reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución* (restitutio in integrum), *la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto posible, como en el presente caso, cabe al tribunal internacional determi-*

sta, qualsiasi somma di denaro si rivela per quello che è: un surrogato, un mezzo per sé solo inadeguato (210).

Il denaro non vale a sostituire né a compensare le vite stroncate (211): non quelle dei ragazzi uccisi, non quelle delle madri (212), dolorose superstiti degli stessi; e neppure vale a ri-

---

nar una serie de medidas para, además de garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, así como establecer el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados ».

(210) « *El mal perpetrado en las personas de las víctimas no es removido por las reparaciones: las víctimas siguen siendo víctimas, antes y después de las reparaciones, — por lo que se impone mayor importancia a ser atribuída a las medidas en pro de su rehabilitación* »: così il *voto razonado* annesso del Presidente, § 38.

(211) Cfr. interrogatorio di Reyna Dalila Villagrán Morales, sorella de Anstraun Aman Villagrán Morales, § 54 c:« *con dinero prestado pudieron sepultar a su hermano. Hasta hace un año y medio su madre pudo terminar de pagar dicho préstamo. Visita regularmente la tumba de su hermano pero su madre no lo hace porque le afecta. Ninguna reparación económica podrá aliviar el sentimiento de dolor de su familia* ».

(212) Cfr. l'interrogatorio di Ana María Contreras, madre di Henry Giovanni Contreras, § 54 a: « *cuando se enteró de la muerte de su hijo, sufrió una neuralgia y una parálisis en la cara casi durante dos años, para lo cual no recibió un tratamiento específico. Actualmente también sufre de gastritis. Todavía sufre esos problemas de salud, pero no ha podido recibir atención médica por falta de dinero. Durante ese periodo casi abandonó a sus otros hijos. Seis o siete meses después de la muerte, su hogar se desintegró porque "sacó" a su esposo de la casa* », l'interrogatorio di Margarita Urbina, nonna di Julio Roberto Caal Sandoval, § 54 b: « *su hija, Rosa Carlota Sandoval, madre de Julio Roberto, también murió, luego de éste* » e l'interrogatorio di Marta Isabel Túnchez Palencia, madre di Federico Clemente Figueroa Túnchez, § 54 d: « *un día su Federico Clemente ya no volvió y a los ocho días fue a buscarlo, hasta que finalmente en el gabinete de identificación le mostraron fotografías de su hijo muerto, sin ojos y con la boca abierta. Cuando se enteró de lo ocurrido, no lo podía creer y no salía de su casa; se enfermó, se le subió la presión, le dio un derrame y llegó a pesar 105 libras. Su esposo también se enfermó cuando ya no vio llegar a su hijo y murió de un infarto, después de la muerte de Federico Clemente... Con ayuda de sus amistades pudo arreglar el velorio del joven. Ninguna autoridad del Estado le explicó lo sucedido o le ayudó con la sepultura. La testigo recibió amenazas. Un día por la noche, dos hombres la buscaron en su casa y, con una actitud de amenaza, le dijeron que no fuera a declarar al juzgado. Por eso se fue a vivir a otro lugar. A los dos meses, cerca de las dos de la madrugada la fueron a buscar otros tres hombres encapuchados en una camioneta negra; se la llevaron en el carro y le pidieron que no declarara nada en ningún juzgado. Cuando reclamó, la golpearon y la cortaron en un dedo. Vivió con su madre un tiempo. Hace un año la volvieron a buscar dos hombres, pero ella no los vio. Hace dos años, le lanzaron desde un carro un objeto encendido que le provocó quemaduras en la parte anterior de su tronco y en la muñeca. Aún se le hacen llagas, pero no puede costear las medicinas. Debido a*

pagare fratelli e sorelle delle ripercussioni che su di loro hanno avuto le sequele psico-fisiche delle genitrici comuni (213).

In un contesto siffatto, limitarsi a calcolare monetariamente danno emergente, lucro cessante (214) e i danni morali (215),

---

estas persecuciones se escondió en muchos lugares y Casa Alianza no la podía encontrar. Tiene miedo de lo que le pueda suceder. Nunca puso esos hechos en conocimiento ninguna autoridad de su país, por temor y por su enfermedad ».

(213) Cfr. § 54 c, *cit*.:« *cuando su hermano murió la testigo tenía 20 ó 21 años. Para ella, la consecuencia más difícil de esa muerte fue ver a su madre física y psicológicamente en mal estado. A esta se le desarrolló una diabetes y casi no hablaba. En ese tiempo la madre de la testigo estaba embarazada, sufrió varias complicaciones y llegó casi al punto de perder al bebé. Hasta hace cinco o seis años se dieron cuenta de la enfermedad que le aquejaba, pues estuvo a punto de morir por causa de un coma diabético. En esa oportunidad, el médico que la atendió les explicó que el origen de la enfermedad debió haber sido un « susto » o un problema serio que ella hubiese tenido, y el único problema que ella tuvo fue la muerte de Anstraun Aman. En la actualidad, su madre no recibe ningún tratamiento médico por falta de dinero... Hasta la fecha, su madre padece las consecuencias de esto pues tampoco ha superado el dolor emocional. A pesar de que su madre no pudo mantenerse en la casa de Anstraun Aman cuando era niño, los hechos le afectaron profunda y hasta la fecha en cierta forma ella se siente culpable de haber dejado a sus hijos para trabajar* ».

(214) Si noti la considerazione espressa dallo Stato al riguardo (§ 87 c): « *en cuanto al proyecto de vida, la precaria situación de las víctimas hace altamente previsible que no tuvieran un proyecto de vida por consumar y solicita que la Corte desestime la petición planteada por la Comisión de establecer por separado reparaciones económicas por este concepto, así como el monto solicitado* ».

(215) « *Esta Corte, al igual que otros Tribunales Internacionales, ha señalado reiteradamente que la sentencia de condena puede constituir per se una forma de compensación del daño moral. Sin embargo, por las graves circunstancias del presente caso, la intensidad de los sufrimientos que los respectivos hechos causaron a las víctimas directas y a sus familiares, y a las demás consecuencias de orden no material o no pecuniario que le acarrearon a estos últimos, la Corte estima que debe ordenar el pago de una compensación por concepto de daños morales, conforme a la equidad. Los familiares de las víctimas y la Comisión han hecho referencia a diversas clases de daños morales: los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por las víctimas directas y sus familiares; la pérdida de la vida, considerada ésta como un valor en sí mismo, o como un valor autónomo; la destrucción del proyecto de vida de los jóvenes asesinados y de sus allegados, y los daños padecidos por tres de las víctimas directas en razón de su condición de menores de edad, al haber sido privadas de las medidas especiales de protección que debió procurarles el Estado. Teniendo en cuenta las distintas facetas del daño al que se viene haciendo referencia aducidas por los representantes de las víctimas y la Comisión, en cuanto sea pertinente y responda a las particularidades de cada caso individual, la Corte fija en equidad el valor de las compensaciones por concepto de daño moral, que deben efectuarse a favor de cada una de las víctimas directas y de sus familiares inmediatos, en los términos que se indican en el cuadro que*

questi ultimi riferiti ovviamente tanto alle vittime uccise che ai loro congiunti, sarebbe non solo limitativo e riduttivo, ma addirittura ai limiti dell'offensivo (216): occorre ben altro (217).

Non già perché questo « altro » possa sconfiggere l'indimenticabile accaduto, ma perché esso può permettere almeno l'inizio del procedimento di elaborazione del lutto (218) e, spe-

---

se transcribe más adelante. La Corte precisa que, al efectuar esa estimación del daño moral, ha tenido también presentes las condiciones generales adversas de abandono padecidas por los cinco jóvenes en las calles, quienes quedaron en situación de alto riesgo y sin amparo alguno en cuanto a su futuro ». Così i §§ 88, 89 e 90.

(216) « *El daño por ellos sufrido es, desde la perspectiva de la integralidad de su personalidad, como víctimas, verdaderamente irreparable... Hoy día, simplemente no se divulga noticia alguna de numerosos otros casos similares al cas d'espèce, de los "Niños de la Calle", victimando diariamente personas igualmente pobres y humildes, que no logran alcanzar la jurisdicción internacional, tampoco la nacional, y ni siquiera están conscientes de sus derechos...* »: così i §§ 13 e 22 del voto annesso del Presidente.

(217) Cfr. § 84: « *La Corte pasa a considerar aquellos efectos nocivos de los hechos del caso que no tienen carácter económico o patrimonial y no pueden ser tasados, por ende, en términos monetarios... Es una característica común a las distintas expresiones del daño moral el que, no siendo posible asignárseles un preciso equivalente monetario, solo puedan, para los fines de la reparación integral a las víctimas, ser objeto de compensación, y ello de dos maneras. En primer lugar, mediante el pago de una suma de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero, que el Tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad. Y en segundo lugar, mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan efectos como la recuperación de la memoria de las víctimas, el restablecimiento de su dignidad, la consolación de sus deudos o la transmisión de un mensaje de reprobación oficial a las violaciones de los derechos humanos de que se trata y de compromiso con los esfuerzos tendientes a que no vuelvan a ocurrir* » e il punto 9 del voto concorrente annesso del Presidente « *A mi juicio, la ausencia de un criterio objetivo de medición del sufrimiento humano no debe ser invocada como justificativa para una aplicación "técnica" — o más bien mecánica — de la normativa jurídica pertinente. Todo lo contrario, la lección que me parece necesario extraer del presente caso de los "Niños de la Calle" es en el sentido de que hay que orientarse por la victimización y el sufrimiento humano, así como la rehabilitación de las víctimas sobrevivientes, inclusive para llenar lagunas en la normativa jurídica aplicable e, inclusive por un juicio de equidad, alcanzar una solución* ex aequo et bono *para el caso concreto en conformidad con el Derecho* ».

(218) Cfr. *peritaje* di Ana Deutsch, *psicóloga clínica en psicoterapia transcultural y evaluación y tratamiento de las consecuencias psicológicas del trauma*, § 56 a: « *Una persona que ha sido secuestrada y detenida en condiciones de clandestinidad, incomunicación y tortura, si sobrevive a semejante situación sufre un impacto devastador, que destruye en buena medida las defensas psíquicas y la personalidad, y causa mucho dolor psíquico y emocional. En la nomenclatura psiquiátrica, la categoría*

rabilmente, aiutare le madri a trovare in se stesse la forza di superare le tenebre (219).

Occorre dunque, in primo luogo, la completa riabilitazione

---

para clasificar o diagnosticar la situación resultante de semejante experiencia es conocida como síndrome de estrés post-traumático. En este caso el impacto es distinto, pues los niños o adolescentes tienen menos fortaleza psíquica para tolerar el secuestro y la tortura. Para los familiares también el impacto es devastador; aunque los familiares no hayan estado sujetos a maltrato físico. Si existe justicia en el caso y se castiga a los responsables, eso puede mitigar un poco el dolor y puede ayudar al proceso de superación de la sintomatología que puede generar esa experiencia. En este caso, en que los responsables fueron agentes de la policía, emocionalmente causa más dolor y es más difícil de incorporar la idea de lo que ha sucedido, porque son los agentes del gobierno los que deben proteger a la población... Cuando la muerte no es natural sino que es resultado de "ejecuciones extrajudiciales", el proceso de duelo de los familiares sobrevivientes es diferente. El proceso normal de duelo consiste en cuatro etapas: negación del hecho de la muerte, enojo, depresión y aceptación de esta. En casos de muertes que se deben al curso normal de la vida, existe una explicación de lo sucedido de acuerdo a los recursos ideológicos y culturales de cada persona. Cuando la muerte corresponde a una ejecución extrajudicial, esa circunstancia agrava, interfiere o impide el proceso de duelo. Entonces, el duelo puede durar toda la vida o puede no producirse nunca; todos los estados y emociones descritos se quedan "enquistados" y aparecen alternativamente en distintos momentos de la vida... Los efectos emocionales de un trauma de esta naturaleza crean la posibilidad de agravar una enfermedad física o mental, dada la naturaleza unitaria del ser humano. Eventos traumáticos que desequilibran el sistema psíquico llegan a tener una repercusión en el organismo. Existen investigaciones acerca del compromiso neuro-fisiológico y biológico del trauma, que repercute en distintas funciones del organismo y que puede generar, producir o despertar una condición nueva o latente. Ese es el caso de una diabetes o una psicosis, tenga o no la persona antecedentes familiares de esas enfermedades... Sería importante para las familias que las medidas de reparación en el caso les permitieran implementar sus deseos sobre un velorio y sepultura adecuados para los restos de sus familiares, como una especie de terminación del proceso de duelo o, por lo menos, un paso adelante en la reconciliación con la idea de que estos niños han muerto. Estas familias necesitan asistencia psicológica que les ayude a procesar todos esos eventos. La consecuencia de no recibirla es que este trauma quede como "enquistado" y genere síntomas o mayor depresión en el futuro... Son necesarios programas de prevención para que otros niños no tengan la misma experiencia. Son igualmente importantes medidas simbólicas de reparación ». Anche nella Relazione di Emilio García Mendez (sulla quale vedi *infra*, nota 225), si afferma « *Sería apropiado realizar actos de reparación simbólica. La medida solicitada de dar los nombres de las víctimas a una escuela, es una medida simbólica real y sería un acto extraordinario para enviar un mensaje muy fuerte de quiebre del ciclo de impunidad, y recordar que esas muertes no han ocurrido en vano* ».

(219) « *En efecto, la muerte violenta de un ser querido lanza ineludiblemente a los familiares sobrevivientes en las densas sombras de la existencia humana... En el presente caso de los "Niños de la Calle", es para mi evidente el intenso dolor de*

della memoria dei ragazzi: essi non erano delinquenti, ma solo adolescenti sfortunati (220) e poveri (221), costretti a lavori occasionali e precari fin dalla prima infanzia e nondimeno solleciti verso le necessità economiche dei rispettivi nuclei familiari (222).

---

las madres de los niños asesinados, y de la abuela de uno de ellos; en el caso Paniagua Morales y Otros, de los degollados o torturados de la "Panel Blanca", el mismo intenso dolor es experimentado por los ascendientes así como los descendientes de las víctimas directas »: così il Presidente nel suo voto annesso, § 7.

(220) Cfr. interrogatorio di Ana María Contreras, § 54 a, *cit*.,: « *su padre ya había fallecido cuando él nació... Henry Giovanni vivió en su casa formalmente hasta los 14 años aproximadamente, después de lo cual comenzó a vivir en la calle, durante períodos de tiempo irregulares. La testigo salía a buscarlo a la calle cuando pasaba un tiempo sin que volviera a la casa, porque le preocupaba. Su esposo — el padrastro de Henry Giovanni — lo humillaba, principalmente luego de que nacieran sus otros tres hijos, y esa es, en gran parte, la causa de su salida de la casa* »; interrogatorio di Reyna Dalila Villagrán Morales, § 54 c, *cit*.: « *su padre los abandonó cuando la testigo tenía siete años. A pesar de que su madre no pudo mantenerse en la casa con Anstraun Aman cuando era niño, los hechos le afectaron profunda y hasta la fecha en cierta forma ella se siente culpable de haber dejado a sus hijos para trabajar* » e interrogatorio di Marta Isabel Túnchez Palencia, § 54 d, *cit*.: « *su esposo la golpeaba y cuando Federico Clemente intervenía también lo golpeaba. Por eso Federico Clemente se iba de la casa unos días y luego regresaba* ».

(221) Cfr. § 54 b, *cit*.: « *su hija, Rosa Carlota Sandoval, madre de Julio Roberto, también murió, luego de éste. Desde pequeño vivió con la testigo y ocasionalmente con su madre, porque su padrastro lo maltrataba. Julio Roberto no conoció a su padre. Eran muy pobres y ella lo mandaba a lustrar zapatos, vender dulces o a sacar arena del cerro para vender en las "casas grandes". Trabajó desde los seis años para ayudarla y salir de la pobreza. Él le compraba alimentos diariamente. Julio Roberto no estudiaba porque eran muy pobres para pagar estudios. Cuando no tenían donde vivir se quedaban en la calle. Julio Roberto le hablaba sobre sus expectativas para el futuro y sobre sus deseos de seguir trabajando para salir de la situación económica en la que vivían. La muerte de Julio Roberto fue muy dolorosa para ella. Además, él era su único soporte económico y prácticamente desde entonces se quedó en la calle. Actualmente vive en un terreno "tapado con nylon" y no tiene a nadie que le ayude. Se dedica a sacar arena para vender* » e § 54 d, *cit*.: « *su hijo comenzó a vivir en la calle a los nueve años por períodos de tiempo irregulares. Federico Clemente trabajó desde los ocho años.Hacía pulseritas típicas y llaveros para vender. Trabajó también descargando camiones de "piedrín" y arena, limpiando casas, carros y vidrios y lustrando zapatos; aprendió a leer pero nunca fue a la escuela* ».

(222) Cfr. §§ 54 a, *cit*.: « *en los meses anteriores a su muerte, la víctima ya vivía de nuevo en su casa y Casa Alianza le había conseguido un trabajo fijo y estable en una serigrafía, en la cual laboró durante unos cinco meses con un salario mensual de 60 ó 70 quetzales. Henry Giovanni comenzó a trabajar aproximadamente desde los 11 años en albañilería, en destapar pozos, en mecánica, o en venta de comida o artesanías en la calle... Desde los 14 años la víctima ayudaba material y económica-*

Attraverso prove testimoniali e documentali rigorosamente esaminate (223), la Corte ricostruisce la storia degli uccisi e delle loro famiglie e la inquadra nelle relazioni peritali di due esperti, uno dei quali già funzionario dell'UNICEF (224): rileva che nessuna misura d'aiuto esiste nello Stato per i poveri in genere e

---

mente a su familia, en forma constante y regular. En ese tiempo él ganaba unos 15 ó 20 quetzales, de los cuales entregaba a su madre hasta la mitad del dinero o aportaba comida y ropa, y ello representaba prácticamente la mitad de los gastos de la casa, incluyendo los gastos de los hermanos. Incluso cuando se fue de la casa, cada mes o dos realizaba algún aporte. Al morir la víctima, la situación económica de la familia se vio limitada. En Guatemala es costumbre que los hijos aporten para las necesidades de su casa, y cuando se van de ésta, queda a su voluntad continuar apoyando a sus padres en su vejez » e 54 c, *cit.*: « *él vivía en la calle desde los 14 ó 15 años, trabajaba, y de lo que ganaba por semana le entregaba una parte a su madre. El máximo monto que llegó a ganar fueron 65 quetzales por semana. Ese apoyo económico fue muy importante para la familia. En Guatemala se acostumbra — en el medio social al que han pertenecido — que los hijos aporten hasta los 18 años a los gastos de mantenimiento de la familia de sus padres y hermanos, pero si no se ha casado puede seguir aportando a la casa. Luego vuelven a aportar a los padres durante la vejez de estos* » e 54 d, *cit.*: « *le ayudaba económicamente y con alimentos a la testigo, lo cual representaba un aporte importante para la familia* ».

« *En cuanto a la pérdida de ingresos, los representantes de los familiares de las víctimas y la Comisión coincidieron en que el Tribunal debía tomar en cuenta para su cálculo el salario mínimo para actividades no agrícolas vigente en Guatemala. El Estado, por su parte, se opuso a la utilización de dicha base alegando que las víctimas no tenían una relación laboral permanente y continua. Esta Corte considera que, a falta de información precisa sobre los ingresos reales de las víctimas, tal como lo ha hecho en otras oportunidades, debe tomar como base el salario mínimo para actividades no agrícolas en Guatemala* » (§ 79). Al tempo dei fatti di causa (§ 85), un *quetzal* guatemalteco equivaleva a 0,232 dollari USA e il salario minimo per il lavoro non agricolo era di 348 *quetzales* al mese, cioè di 80,93 dollari USA.

(223) Cfr. *voto razonado* del Presidente Cançado, § 5: « *no es mera casualidad que, en casos de violaciones de derechos humanos marcados por la extrema violencia, la Corte Interamericana haya estimado necesario escuchar en audiencia pública las declaraciones de psicólogos (en cuanto a las reparaciones, como en los casos de los "Niños de la Calle", y de Paniagua Morales y Otros), y médicos forenses (como en el caso Gangaram Panday, fondo, 1994). Del mismo modo, en otros casos, con características distintas, la Corte ha estimado oportuno escuchar en audiencia pública las declaraciones de antropólogos o cientistas sociales (como, v.g., en los casos Aloeboetoe y Otros, reparaciones, 1993, y de la Comunidad Mayagna Awas Tingni, fondo, 2001). En definitiva, al contrario de lo que en el pasado suponían con autosuficiencia injustificada los positivistas, el Derecho tiene, a mi juicio, mucho que aprender con otras ramas del conocimiento humano, y viceversa* ». Si veda anche il § 49 della sentenza.

(224) Cfr. *peritaje* di Christian Salazar Volkmann, *experto en derechos del*

per i *niños de la calle* in particolare (225), nonostante l'80% della popolazione guatemalteca abbia il reddito *pro capite* più basso del Continente Latinoamericano (226); di più, constata che la normativa penale interna colpisce indiscriminatamente chiunque sia costretto ad un'esistenza randagia per il solo fatto di trovarsi in situazione di precarietà, indipendentemente da comportamenti violatori o non violatori delle leggi e da ogni graduazione dell'illecito eventualmente commesso (227); osserva infine che da

---

niño, § 56 b, e *peritaje* di Emilio García Méndez, *consultor independiente y ex-asesor de UNICEF, experto en el tema de derechos de los niños*, § 56 c.

(225) Relazione García Mendez: « *Hay tres países en América Latina donde, desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, se puede hablar de una violencia sistemática contra los niños en mayor situación de riesgo: Colombia, Brasil y Guatemala. No hay una política deliberada de violación de los derechos de los niños, desde el punto de vista subjetivo, pero sí lo hay desde el punto de vista objetivo, porque los niveles de gasto social en materia de políticas sociales básicas de salud y educación son extremadamente bajos* »; Relazione Volkmann: « *Hay una amplia desprotección social de los niños en Guatemala. Generalmente este país se disputa en América Latina los últimos lugares en cuanto a alfabetismo y educación básica, salud y desnutrición y trabajo infantil. Por otra parte, existe una situación de desprotección legal: la legislación para menores vigente en el país viola la Convención sobre los Derechos de los Niños... Los niveles de inversión estatal en la educación pública son de los más bajos de América Latina. Igualmente, los índices de nutrición son muy bajos, lo que es muy preocupante, porque los daños en el cerebro y en el desarrollo físico y psicológico del niño en los primeros años a causa de la mala nutrición, son irreversibles. Según datos recientes, en Guatemala el 34% de los niños de entre 7 y 14 años trabajan, lo que repercute en su educación* ».

(226) Relazione Volkmann: « *las familias y los niños de la población en estado de pobreza, que es más del 80% del total de la población, están en riesgo* ».

(227) Relazione Volkmann: « *El Código de Menores actualmente vigente es del año 1979, y... parte del concepto de situación irregular, un concepto por razón del cual el niño víctima de algún acto de abuso, violación o negligencia, y el joven presunto transgresor de la ley, están en la misma situación. Como no se tipifica tampoco qué es una conducta irregular, esto deja lugar a la arbitrariedad, por ejemplo, en las detenciones. En Guatemala, en varios puntos del proceso legal se mezcla a los adultos con los adolescentes y con los niños víctimas, lo cual es completamente contrario a los patrones internacionales* » e Relazione García Mendez: « *Guatemala tiene un Código de Menores aprobado en 1979. Entre 1990 y 1991, ratificó y promulgó la Convención Internacional de los Derechos del Niño, lo que produjo la vigencia simultánea de dos leyes que, regulando la misma materia, tienen naturaleza antagónica. Desde el punto de vista técnico-jurídico se supondría que la ratificación y promulgación de la Convención ha dejado sin efecto el Código de Menores de 1979, pero éste se encuentra vigente porque constituye, de hecho, la fuente principal de las decisiones de los jueces de menores... El Código expresa la llamada "doctrina de la situa-*

anni il Código por la Niñez giace nel Parlamento nazionale allo stadio di progetto, mai discusso e mai approvato (228).

La conseguenza che ne deriva per lo Stato soccombente è quindi tanto chiara quanto perentoria: le vittime vanno riabilitate (229) e, per essere efficace, la riabilitazione deve essere duratura, anzi perenne.

Accogliendo il voto espresso da una delle madri (230), la Corte ordina (231) così anzitutto che un centro educativo di

---

ción irregular'', que no distingue entre un niño víctima de la omisión de las políticas sociales que cae fuera de los circuitos institucionales, la escuela por ejemplo, y el niño sujeto activo de la violencia, con lo cual a ambos se los puede hacer objeto de las mismas medidas en las mismas instituciones. Entonces la policía, al aplicar la ley, está cumpliendo estrictamente con un mandato del Código, por un lado, y por el otro, violando flagrantemente tanto la Convención como la propia Constitución. El Código es una ley profundamente criminalizadora de la pobreza. Esto porque luego de la detención viene la ''declaración del estado de abandono'', que es un proceso jurídico por el cual se cortan jurídicamente los vínculos entre la familia biológica y el niño. Al no establecer una diferencia entre la familia que realmente expulsa al niño y la que no puede mantenerlo, es técnicamente posible quitarle a una familia un niño por la mera falta o carencia de recursos materiales ».

(228) Relazione García Mendez: « *El Código de la Niñez y la Juventud aprobado por el Congreso guatemalteco en 1996, cuya vigencia está suspendida, corresponde a lo que se podría llamar una adecuación sustancial a la Convención sobre los Derechos del Niño, al conjunto de los instrumentos que conforman la llamada doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas, a las Reglas de Beijing y a las Reglas de Riad* » e Relazione Volkmann: « *La entrada en vigencia del Código de la Niñez y la Juventud, aprobado por consenso en el año 1996, ha sido postergada en forma indefinida por el Congreso* ».

(229) Cfr. § 95: « *asimismo, los representantes de los familiares de las víctimas solicitaron las siguientes medidas de satisfacción: ...*c) *que el Estado realice un reconocimiento público de responsabilidad por la gravedad de los hechos sucedidos y que involucran a niños de la calle, mediante gestos y símbolos que le otorguen sentido nacional a la reparación, tales como que erija un centro educativo en memoria de las víctimas, que sea un lugar que ofrezca educación gratuita accesible a esa población marginada, y utilice todos los recursos a su alcance para que esta medida simbólica cuente con el interés y participación de los medios de comunicación social* ».

(230) Cfr. § 54 a, *cit.*, *in fine*: « *por falta de dinero no pudo arreglar el tipo de velorio y sepultura que quería para su hijo. Tampoco pudo realizar la exhumación de su cuerpo, el cual sigue enterrado como XX. Desea todavía sepultarlo formalmente con lápida... Del proceso ante la Corte espera justicia y alguna medida como una escuela para los niños que están en la calle, donde ellos puedan permanecer seguros, durante el día* ».

(231) Cfr. § 103: « *en cuanto a la solicitud de nombrar un centro educativo con los nombres de las víctimas, la Corte ordena al Estado designar un centro educa-*

Guatemala City venga dedicato ai ragazzi e che una lapide ivi posta ne ricordi i nomi: dovrà trattarsi di una scuola gratuita a tempo pieno, idonea ad offrire istruzione ed asilo a quanti, altrimenti, sarebbero costretti a cercare raminghi un po' di denaro (232).

« *Como el presente caso lo revela, las víctimas se multiplican en las personas de los familiares inmediatos sobrevivientes, quienes, además, son forzados a convivir con el suplicio del silencio, de la indiferencia y del olvido de los demás* »: il silenzio deve essere sconfitto, la memoria dell'accaduto deve essere ristabilita nella sua esatta dimensione, l'*olvido de los demás* non può essere tollerato (233).

Occorre inoltre che alla salma di Hanry Giovanni Contre-

---

tivo con un nombre alusivo con los jóvenes víctimas de este caso, y colocar en dicho centro una placa con el nombre de Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval, Jovito Josué Juárez Cifuentes y Anstraun Aman Villagrán Morales. Ello contribuiría a despertar la conciencia para evitar la repetición de hechos lesivos como los ocurridos en el presente caso y conservar viva la memoria de las víctimas » e punto risolutivo 7°: « *La Corte, decide por unanimidad: que el Estado de Guatemala debe designar un centro educativo con un nombre alusivo a los jóvenes víctimas de este caso y colocar en dicho centro una placa con los nombres de Henry Giovanni Contreras, Julio Roberto Caal Sandoval, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Jovito Josué Juárez Cifuentes y Anstraun Aman Villagrán Morales, según lo señalado en el párrafo 103 de esta sentencia* ».

(232) Cfr. *voto razonado* annesso del Presidente Cançado, § 1: « *el presente caso de los "Niños de la Calle" es verdaderamente paradigmático, en la medida en que, además de retratar una situación real del cotidiano de América Latina, demuestra que la conciencia humana ha alcanzado un grado de evolución que ha tornado posible hacer justicia mediante la protección de los derechos de los marginados o excluídos, al otorgarse a éstos, al igual que a todo ser humano, acceso directo a una instancia judicial internacional para hacer valer sus derechos, como verdadera parte demandante. El ser humano, aún en las condiciones más adversas, irrumpe como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotado de plena capacidad jurídico-procesal internacional. La presente Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de los "Niños de la Calle" no sólo resuelve un caso concreto en cuanto a reparaciones, sino también contribuye a elevar los estándares del comportamiento humano en relación con los desposeídos* ».

(233) Lo Stato, dopo aver affermato che « *comparte el criterio de la Comisión en cuanto a que la reparación pecuniaria es sólo uno de los aspectos que deben ser considerados en una "reparación integral"* », cerca di evitare la pronuncia della Corte, dichiarando che « *se han iniciado soluciones amistosas en otros casos en las cuales el Estado se ha comprometido en accionar en cuatro puntos esenciales, a saber: reparación económica, búsqueda de la justicia, dignificación de las víctimas y fortalecimiento e impulso del Sistema Interamericano de Derechos Humanos* » e che « *re-*

ras venga data, a totale carico dello Stato, una sepoltura degna (234), secondo i desideri della madre e dei congiunti più stretti (235).

Il valore altamente simbolico dei due obblighi di fare non sfugge allo Stato: invano esso ha chiesto alla Corte di non pronunciarsi in merito (236), lasciando alla « trattativa privata » la soluzione dei contenuti della riparazione (237).

Infine, secondo una prassi ormai consolidata che trae con-

---

specto de los demás planteamientos de la Comisión, Guatemala estaría en la disponibilidad de analizarlos y pronunciarse posteriormente ». Si veda anche *infra*, nota 235.

(234) Definita dalla Commissione (§ 96 b ii) come « *acto de inestimable importancia en la vida familiar* ».

(235) « *En relación con la solicitud relativa a la exhumación del cadáver de Henry Giovanni Contreras, esta Corte considera que Guatemala debe adoptar las medidas necesarias para trasladar los restos mortales de dicha víctima al lugar de elección de sus familiares, sin costo alguno para ellos, para satisfacer de esta manera los deseos de la familia de darle una adecuada sepultura, según sus costumbres y creencias religiosas* » (§ 102) e punto risolutivo 6º: « *por unanimidad la Corte resuelve: que el Estado de Guatemala debe brindar los recursos y adoptar las demás medidas necesarias para el traslado de los restos mortales de Henry Giovanni Contreras y su posterior inhumación en el lugar de elección de sus familiares, según lo señalado en el párrafo 102 de esta sentencia* ».

(236) « *En relación con los homenajes a las víctimas y la exhumación del cadáver de Henry Giovanni Contreras, el Estado solicita a la Corte que estos temas queden al margen de la sentencia que dicte sobre reparaciones y que se inste a las partes a llegar a un acuerdo sobre la fórmula idónea de satisfacción de tales pretensiones* »: § 97 b.

(237) Si noti del resto (cfr. §§ 112-113) che « *durante la audiencia pública* » lo Stato aveva proposto « *a la Corte dos opciones para la determinación de las reparaciones. Primero, la posibilidad de negociar un acuerdo con las partes sobre la forma y cuantía de las indemnizaciones, dentro del lapso de tiempo que la Corte defina. Segundo, si esta medida no es aceptada, la constitución de un tribunal arbitral que se encargue de emitir un pronunciamiento sobre la indemnización pecuniaria en un plazo que definiría la Corte, previo a lo cual se suscribiría un acta de compromiso entre las partes para acatar ese laudo arbitral. El acuerdo al que se llegue sería en todo caso sometido a la aprobación de la Corte y ésta se reservaría el derecho de decidir sobre la materia en caso de que las partes no arribaran a un acuerdo* ». Poiché, inoltre, i familiari di Federico Clemente Figueroa Túnchez e di Jovito Josué Juárez Cifuentes non si sono costituiti nel giudizio sul risarcimento dei danni e nondimeno « *la Corte, sin importar dicho extremo, debe decidir el monto que será destinado a los legítimos herederos de las mencionadas personas* », lo Stato ha chiesto che « *en la sentencia se debería determinar que la suma correspondiente sea depositada en el Banco de Guatemala y solicita que en el evento de que ningún familiar de dichas personas se apersone al proceso, tales sumas permanezcan en calidad de depósito durante un año contado desde la fecha en que se dicte la sentencia respectiva, para que así las*

forto dal disposto dell'art. 2 del Patto (238), « *Guatemala debe implementar en su derecho interno, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias con el objeto de adecuar la normativa guatemalteca al artículo 19 de la Convención, para prevenir que se den en el futuro hechos como los examinados* (239) » (240) e, nonostante una sentenza assolutoria ormai passata in giudicato (241), riaprire le indagini al fine

---

personas que crean tener un derecho legítimo lo puedan hacer valer. Si transcurrido ese plazo ninguna persona reclama, acciona o ejercita acciones al respecto, pide al Tribunal que se disponga en la sentencia que los montos referidos sean destinados por el Estado a la Secretaría de Bienestar Social de la Presidencia de la República, que es la entidad ejecutora del "Plan a favor de los Niños, Niñas y Jóvenes de la Calle". En ese evento los programas implementados deberán llevar el nombre de los jóvenes Federico Clemente Figueroa Túnchez y Jovito Josué Juárez Cifuentes ». La Corte invece decide e dispone (§ 117) che solo « *si al cabo de diez años la indemnización no es reclamada, la suma será devuelta, con los intereses devengados, al Estado guatemalteco* ».

(238) Cfr. § 98: « *si bien el Tribunal en su sentencia de fondo no decidió que Guatemala había violado el artículo 2 de la Convención, norma que dispone que el Estado está en la obligación de adoptar "las medidas legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos" los derechos en ella reconocidos, es cierto también que ésta es una obligación que el Estado debe cumplir por el mero hecho de haber ratificado dicho instrumento legal* ».

(239) *Ibidem*. Come già la Corte europea, anche la Corte Interamericana afferma che « *pese a lo dicho, la Corte no está en posición de afirmar cuáles deben ser dichas medidas y si, en particular deben consistir, como lo solicitan los representantes de los familiares de las víctimas y la Comisión, en derogar el Código de la Niñez de 1979 o en poner en vigencia el Código de la Niñez y la Juventud aprobado por el Congreso de la República de Guatemala en 1996 y el Plan de Acción a Favor de Niños, Niñas y Jóvenes de la Calle de 1997* ».

(240) Anche per la Commissione (cfr. § 94 a-b), « *la satisfacción tiene lugar cuando se llevan a cabo tres actos, generalmente en forma acumulativa: las disculpas (o cualquier otro gesto que demuestre el reconocimiento de la autoría del acto en cuestión), el juzgamiento y castigo de los responsables y la toma de medidas para evitar que se repita el daño (garantías de no repetición); y la satisfacción y la garantía de no repetición son componentes esenciales del concepto de reparación a las víctimas, más aún cuando se trataba de niños y jóvenes que no contaron nunca con la protección del Estado, desde que éste toleró y no remedió que vivieran en las calles, lo que trajo como consecuencia la privación violenta y arbitraria de su vida. Por ello Guatemala debe garantizar que dichas violaciones no vuelvan a ocurrir, y complementarlo con las medidas de satisfacción* ».

(241) Cfr. § 95 d: « *la existencia de una sentencia absolutoria con carácter de cosa juzgada, producto de un proceso viciado, no puede ser excusa para impedir la sanción de los responsables* ».

di pervenire all'identificazione e alla condanna dei responsabili (242).

« *En circunstancias como las del presente caso de los Niños de la Calle, no hay,* stricto sensu*, reparación verdadera o plena posible, en el sentido literal del término, lo que revela los límites del Derecho, a ejemplo de los límites de otras ramas del conocimiento humano. Las reparaciones — de las consecuencias de la medida o situación lesiva de los derechos humanos protegidos — en lugar de verdaderamente reparar, más bien alivían el sufrimiento humano de los familiares sobrevivientes, buscando rehabilitarlos para la vida, — y por eso tórnanse absolutamente necesarias. La verdad y la justicia ayudan al menos a cicatrizar, con el tiempo, las heridas profundas causadas por la muerte violenta de un familiar querido* » (243).

---

(242) « *De conformidad con el resolutivo octavo de la sentencia de fondo dictada el 19 de noviembre de 1999, Guatemala debe realizar una investigación efectiva para individualizar a las personas responsables de las violaciones de los derechos humanos declaradas en dicho fallo y, en su caso, sancionarlas. La Corte ha afirmado que la obligación de garantía y efectividad de los derechos y libertades previstos en la Convención es autónoma y diferente de la de reparar. Mientras el Estado está obligado a investigar los hechos y sancionar a los responsables, la víctima o, en su defecto, los familiares de ésta, pueden renunciar a las medidas de reparación por el daño causado. En definitiva, el Estado que deja impune las violaciones de derechos humanos estaría incumpliendo, adicionalmente, su deber general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas sujetas a su jurisdicción.Este Tribunal se ha referido en reiteradas ocasiones al derecho que asiste a los familiares de las víctimas de conocer lo que sucedió y quiénes fueron los agentes del Estado responsables de dichos hechos. "La investigación de los hechos y la sanción de las personas responsables, [...] es una obligación que corresponde al Estado siempre que haya ocurrido una violación de los derechos humanos y esa obligación debe ser cumplida seriamente y no como una mera formalidad". Además, este Tribunal ha indicado que el Estado "tiene la obligación de combatir [la impunidad] por todos los medios legales disponibles ya que [ésta] propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares". Por consiguiente, la Corte reitera que Guatemala tiene la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones de la Convención Americana en el presente caso, identificar a sus responsables y sancionarlos* »: così §§ 99, 100 e 101 e punto risolutivo 8º: « *por unanimidad la Corte resuelve que el Estado de Guatemala debe investigar los hechos del presente caso, identificar y sancionar a los responsables y adoptar en su derecho interno las disposiciones que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de esta obligación* ».

(243) Così il voto del Presidente, §§ 6, 41 e 42.

Anche la quantificazione dei danni morali esce tuttavia rinnovata dalla sentenza.

Come già nel recente passato, per la Corte, decisa *pro bono et aequo*, questa deve avere come punto focale di riferimento l'intensità delle sofferenze subìte dalle vittime, ed in conto devono essere tenute non solo le sofferenze oggettive, ma anche quelle del vissuto soggettivo e personale di ciascuna di esse (244).

Come sinteticamente sottolinea il Presidente (245), « *se impone, en mi entender, una reflexión más profundizada sobre la tríada formada por la victimización, el sufrimiento humano, y la rehabilitación de las víctimas, para que se entienda el verdadero sentido y el alcance de las reparaciones en el presente contexto de protección de los derechos del ser humano. No es suficiente tener presente la distinción básica — hoy ampliamente reconocida — entre las reparaciones y una de sus formas, las indemnizaciones. Hay que identificar el sentido real del término reparaciones en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La determinación de las formas, montos y alcance de las reparaciones, a mi juicio no puede prescindir de una previa comprensión de sentido real del sufrimiento humano. La intensidad del sufrimiento humano, tan elocuentemente demostrada en el presente caso de los ''Niños de la Calle'' (así como en el caso de Paniagua Morales y Otros), constituye, en suma, a mi juicio, el elemento de mayor trascendencia para la consideración de las reparaciones por las violaciones de los derechos humanos* » (246).

---

(244) Cfr. § 84: « *el mencionado daño moral puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas y otras perturbaciones que no son susceptibles de medición pecuniaria* ».

(245) Cfr. § 8 del *voto razonado*: « *la determinación de las reparaciones, — en sus distintas formas — debidas a las víctimas indirectas, tiene, en mi entender, como elemento central, el sufrimiento humano, considerado a partir de la gravedad de los hechos y su impacto sobre la integralidad de la personalidad — y sobre todo la condición de ser espiritual — de las víctimas* ».

(246) « *Las reflexiones personales que me permito desarrollar en este Voto Razonado no tienen la pretensión de presentar criterios generales para la solución de problemas atinentes a las reparaciones debidas a las víctimas de violaciones de derechos humanos, tales como los planteados en el presente caso de los ''Niños de la Calle''. Al advertir para los riesgos — tan comunes en nuestros días — de un enfoque reduccionista de la materia (con un énfasis indebido en compensaciones en forma de simples indemnizaciones), mi propósito es, más bien, llamar la atención para la nece-*

In ciò sta, del resto, la differenza fondamentale tra i tribunali penali (internazionali (247) e non) e le Corti dei diritti dell'uomo (248): i primi fissano l'attenzione prevalente sulla figura del colpevole; le seconde devono invece considerare, quanto meno nella fase processuale del risarcimento, solo ed esclusivamente le vittime. Queste sono infatti le protagoniste anche processuali del giudizio, le destinatarie dell'attività giurisdizionale della Corte e dell'applicazione delle norme internazionali.

« *Hay* » dunque, « *a mi juicio, que enfocar toda la temática de las reparaciones de violaciones de los derechos humanos a partir de la integralidad de la personalidad de las víctimas, desestimando cualquier intento de mercantilización — y consecuente trivialización — de dichas reparaciones. No se trata de negar importancia de las indemnizaciones, sino más bien de advertir para los riesgos de reducir la amplia gama de las reparaciones a simples indemnizaciones. No es mera casualidad que la doctrina jurídica contemporánea viene intentando divisar distintas formas de reparación* — inter alia, restitutio in integrum, *satisfacción, indemnizaciones, garantías de no-repetición de los hechos lesivos — desde las perspectiva de las víctimas, de modo a atender sus necesidades y reivindicaciones, y buscar su plena rehabilitación* » (249).

---

sidad de contribuir a asegurar la prevalencia de los valores superiores que se encuentran en cuestión, desde la perspectiva de la centralidad de la posición de las víctimas, en su integralidad »: §§ 3-4 e 10.

(247) « *El derecho penal internacional parece correr el riesgo de incurrir en la misma distorsión de relegar a un plano secundario la figura de las víctimas, centrando la atención más bien en los responsables por crímenes de particular gravedad. Ésta no es una especulación teórica: recientemente se ha señalado, por ejemplo, que el derecho penal internacional a veces se ha olvidado de la centralidad de las propias víctimas. A mi modo de ver, es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que, clara y decididamente, viene a rescatar la posición central de las víctimas, por cuanto encuéntrase orientado hacia su protección y al atendimiento de sus necesidades* »: così § 15.

(248) « *Recuérdese que el derecho penal estatal se orientó, en su evolución, hacia la figura del delincuente, relegando la víctima a una posición marginal; este enfoque se reflejó, por algún tiempo, en el propio colectivo social, que pasó a demostrar mayor interés por la figura del criminal que por las de sus víctimas, abandonadas al olvido... Hoy día, toda una corriente de pensamiento se empeña en fomentar el renacimiento de la figura de la víctima, al considerarla no más como objeto "neutro" de la relación jurídica causada por el hecho delictivo, sino más bien como sujeto victimado por un conflicto humano* »: così § 14.

(249) Cfr. § 28 del *voto razonado*.

Il « vestito » che indossa può piacere o no, ma il sistema latinoamericano non è davvero affatto nudo (250).

7. Nondimeno: un diffuso scetticismo connota oggi buona parte della dottrina internazionalistica, soprattutto quella di formazione o di empatia statunitense (251). Le fondazioni del diritto internazionale sono poste in discussione, tutto è rovistato e rivisitato, di tutto si dubita, qualsiasi soluzione proposta è ben presto criticata, nulla incontra uno stabile consenso. I diritti umani non sfuggono naturalmente all'attenzione critica dei critici importanti e non pochi sottolineano che i rapporti tra convenzioni *ad hoc* (252) e diritto internazionale generale sono ancora largamente inesplorati (253): « *human rights — a movement in search of a theory* » (254), dunque. Ma la materia desta ormai

---

(250) Il Presidente (§§ 29 e 30 del voto annesso) osserva al riguardo che « *cuando la Convención Europea de Derechos Humanos completó 40 años de operación, en 1993, la Corte Europea de Derechos Humanos había otorgado reparaciones de naturaleza invariablemente pecuniaria en bien más de cien casos. Esto ha generado expresiones de insatisfacción en la doctrina jurídica europea contemporánea, que hoy día pasa a reclamar "una reparación más adaptada a la situación de la víctima". En realidad, ya en los años sesenta surgían las primeras críticas a una visión restrictiva de las reparaciones debidas a las víctimas... Críticas del género se han renovado y reiterado a lo largo de los años, en el plano doctrinal, en el marco del sistema europeo de protección de los derechos humanos* » e giustamente sottolinea che « *la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a su vez, ha asumido una posición mucho más amplia sobre la materia, al interpretar y aplicar el artículo 63 (2) de la Convención Americana sobre Derechos Humaos* ».

(251) Vedine la sintesi critica di KORHONEN, *New International Law: Silence, Defence or Deliverance?*, in *EJIL*, 1996, pp. 1-28. PEÑALVER, *The Persistent Problem of Obligation in International Law*, in *Stanford J. Int'lL*, 2000, pp. 271-302 e segnatamente pp. 273-296, avverte al riguardo che « *what legal scholars spend most of their time doing is talking to one another, having very little (if any) impact on the world affairs* ». Come si evince da CARTY, *Convergences and Divergences in European International Law Tradition*, in *EJIL*, 2000, pp. 713-732; CRAVEN, *Legal Differentiation and the Concept of the Human Rights Treaty in International Law*, *ibidem*, pp. 489-520 e WARBRICK, *Brownlie's Principles of Public International Law: An Assessment*, *ibidem*, pp. 621-636, anche la dottrina internazionalistica schiettamente europea non è tuttavia da meno.

(252) La stessa espressione « diritti umani » è oggetto di letture diverse, talora al limite dell'ironia.

(253) Così ad esempio MARSCHIK, *Too Much Order? The Impact of Special Secondary Norms on the Unity of the International Legal System*, in *EJIL*, 1998, pp. 212-239 e segnatamente pp. 224-225.

(254) KOTHARI, *Human Rights-A Movement In Search Of A Theory*, in *Human Rights Law*, Alston ed., Dartmouth , 1996, pp. 189-199.

scarsa attenzione: anche la « *stolid jurisprudence* » (255) di Strasburgo non fa più notizia (256).

Gli Stati sono e continuano ad essere i depositari ultimi del destino dei singoli: molti sono i paesi afflitti da reiterate violazioni dei diritti fondamentali. E poiché la stessa *rule of law* è un'utopia (257) — in nessuno Stato essa sarà mai compiutamente raggiunta e conseguita — anche il ruolo delle Corti internazionali è ormai percepito (quasi) solo come un dover essere istituzionale (258).

In simile contesto, discutere di norme di *jus cogens* (259), di obbligazioni *erga omnes* o, addirittura, del rapporto tra diritti economici e diritti c.d. fondamentali (260), è una mera dialettica.

Secondo altri parametri *en vogue*, poi, sistemi e rimedi giuridici si giudicano dai risultati conseguiti, ma gli *apriori* del giu-

---

(255) L'espressione è di FARER, *The Rise of the Inter-American...*, *cit.*, p. 510: « *by associating the European regime with an ox, I intend not to insult but rather to celebrate its solid bourgeois virtues: the stolid, efficient application of energy and the consequently consistent production of effective decisions, all within the context of an olderdly, stable and prosperous community* ». L'*Oxford Dictionary* definisce « *stolid* » come « *dull and impassive; having little or no sensibility; incapable of being excited or moved. Also of actions* ». L'esempio per antonomasia della giurisprudenza *bourgeoise* della Corte europea è probabilmente costituito dal caso *Burghartz c. Svizzera*, deciso con la sentenza A 280-B del 22 aprile 1994.

(256) Costituiscono eccezione le sentenze del 22 marzo 2001 contro la Repubblica Federale di Germania nei casi *K.H.W.* (ricorso n. 37201/97) e *Streletz, Kessler e Krenz* (ricorsi riuniti nn. 34044/96, 3553296 e 44801/98), in quanto attinenti al problema dell'irretroattività della legge penale (art. 7 Cedu).

(257) ENDICOTT, *op. cit.*, pp. 185-203, anche con riferimento alla formulazione degli artt. 2, 3 e 6 Cedu e al problema delle leggi sull'emergenza.

(258) Per ENDICOTT, *op. cit.*, p. 200, i giudici sono necessari per l'inevitabile « *vagueness* » della legge (vedi nota precedente) ed essi null'altro possono e devono fare, se non giudicare. L'A. sottolinea tuttavia che la *rule of law* è ben servita se le corti riescono a conquistarsi la stima e la fiducia dell'ambiente socio-territoriale sul quale sono chiamate ad incidere.

(259) Vedi da ultimo SIMMA and ALSTON, *The Sources of Human Rights Law: Custom, Jus Cogens And General Principles*, in *Human Rights Law*, Alston ed., Dartmouth, 1996, pp. 4-29; MERON, *On A Hierarchy Of International Human Rights*, *ibidem*, pp. 77-99 e *contra* KOSKENNIEMI, *The Pull of the Mainstream*, *ibidem*, pp. 31-48.

(260) *Mutatis mutandis*, si veda l'affermazione del diritto all'informazione (art. 16 della Convenzione di Vienna sulle Relazioni Consolari) come diritto fondamentale svolta da Simma per la Repubblica Federale di Germania nel già citato caso *La Gard*.

dizio sono sempre e soltanto soggettivi, l'esistenza e forse la possibilità stessa di un *consensus* essendo negata: la prassi mostra quanto minimale, e soprattutto fragile, sia l'*opinio communis* (261). Quand'anche opportuni mutamenti legislativi o giurisprudenziali interni si verifichino, ciò si deve piuttosto a fattori politici ed economici, primi fra i quali il condizionamento dei paesi interessati e della Banca Mondiale (262), che alle regole osservate del diritto internazionale, anche se nessuno osa discuterne la prima e fondamentale, il rispetto dei trattati liberamente stipulati.

Così, buona parte della dottrina occidentale più importante finisce per volgersi all'indietro e a confrontarsi con i problemi internazionalistici di sempre: esistenza, significato ed effetti della reciprocità nei trattati; rapporti tra reciprocità e consenso: concezione formale, concezione teleologica, concezione socio-storica alla maniera di Webern, formulazioni conciliative (263).

Un timore di fondo pervade apertamente questi studi: che l'omogeneità del sistema del diritto internazionale vada perduta, smarrita nel riconoscimento dell'esistenza di sub-sistemi derivati; tanto più che in questa categoria confluirebbero, indistinti, sistemi di controllo o di « *implementation* » ben diversi tra loro (264).

---

(261) « *Ante los recurrentes abusos conmetidos contra los seres humanos, frecuentemente convalidados por la ley positiva... el Derecho vino al encuentro del ser humano, destinatario último de sus normas de protección. Con la desmistificación de los postulados del positivismo voluntarista, se tornó evidente que sólo se puede encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez del derecho internacional general en la conciencia jurídica universal, a partir de la aserción de la idea de una justicia objetiva. Como una manifestación de esta última, se han afirmado los derechos del ser humano, emanados directamente del derecho internacional, y no sometidos, por lo tanto, a las vicisitudes del derecho interno* »: così il Presidente Cançado: §§ 4 e 14 op. concorrente annessa all'OC 16-99, *cit*.; § 11 op. concorrente annessa all'Ordinanza E 3, *cit*., e § 14 op. concorrente annessa alla sentenza Barrios Altos, *cit*. Sul concetto di comunità internazionale, cfr. SIMMA, *From bilateralism to Community Interests*, in *Rec. Cours*, 1994, pp. 229-376 e segnatamente pp. 243-248 e TOMUSCHAT, *Obligations Arising For States Without Or Against Their Will*, *ibidem*, 1993, 241, pp. 209-369 e soprattutto pp. 210-240.

(262) Essa aveva garantito all'ex Presidente Fujimori consistenti aiuti economici, a condizione che una parte degli stessi fosse impiegata in una riforma del sistema giudiziario interno.

(263) Vedine la sintesi in CRAVEN, *op. loc. citt.*, pp. 514-515.

(264) Tale timore è esplicitamente non condiviso dal Presidente Cançado nel *voto razonado* annesso all'OC 16-99, *cit*.: « *el hecho de que el derecho interna-*

In questo quadro di fondo assai complesso, dal quale ovviamente non può prescindere, il sistema latinoamericano di controllo non è forse pervenuto ancora al « punto storico del non ritorno », cioè al momento in cui potersi fondatamente ritenere espressione di un *consensus* regionale compiutamente accettato e metabolizzato. Non dubita certo di sé e, se non può innovare audacemente, rischiando di valicare prematuramente limiti già segnati con autorità riconosciuta (265), osa tuttavia gradatamente, passo dopo passo. Vive in se stesso, fino ad esserne paradigma, la tensione tra essere e dover essere, premuto dalla domanda di giustizia che sale ormai ineludibile dal Continente intero e non ignaro dell'atteggiamento, problematico fino al dubbio sistematico, delle strutture concettuali che lo attorniano. Testimone altresì di fattispecie sostanzialmente ignote al sistema europeo, è eminentemente solo.

Quando si è soli, fondamentale è non smarrire il coraggio ed essere intelligenti e audacemente saggi; e intelligente ed audacemente saggia, io credo, la Corte è diventata.

Ha fatto uso di tutte le norme del trattato e di tutti i poteri di cui è dotata sotto l'egida di un altro concetto non ancora usurato, quello della responsabilità (266) degli Stati, e su questa base ha ordinato loro l'abrogazione delle leggi interne contrarie al Patto come prestazione essenziale del risarcimento dei danni sotto il profilo delle riparazioni (267); valuta e discute ora i con-

---

cional de los Derechos Humanos va mucho más allá del Derecho Internacional Público en materia de protección... en nada afecta ou amenaza la unidad del Derecho Internacional Público; todo de lo contrario, contribuye a afirmar y desarrolar la aptitud de éste último para segurar el cumplimiento de las obligaciones convencionales de protección contraídas por los Estados vis-à-vis *de todos los seres humanos bajo sus jurisdicciones* ».

(265) Analogamente, e con efficacia rettorica, vedi l'introduzione al volume curato da ALSTON, *cit.*, pp. xi-xviii.

(266) Ciò appare significativamente evidente sia nelle pronunzie (citate) relative al c.d. « *retiro peruano* », nelle quali la Corte non esita a far presente allo Stato che esso avrebbe dovuto correttamente denunciare il trattato, con effetto un anno dopo la data del deposito della dichiarazione, sia in quella sulle eccezioni preliminari del caso *Blake c. Guatemala*, nella quale evidenzia le debolezze del sistema generale delle riserve e del sistema interamericano.

(267) Bypassando così anche l'*impasse* del divieto della formula c.d. della quarta istanza. Sembra innovare rispetto a questa impostazione, a questo stadio, il caso *Barrios Altos*.

tenuti del riconoscimento di responsabilità dello Stato (268); sorveglia da presso l'adempimento di ogni sentenza (269); chiama in causa l'Assemblea Generale. Non ha esitato ad esprimere autonomia di pensiero, ma ha accuratamente collocato se stessa nell'ambito di precedenti giurisprudenziali e di correnti di pensiero classiche del diritto internazionale; ha fatto ricorso ai concetti generali del diritto per affermare la « continuità aggravata » della violazione fino a quando leggi contrarie al Patto permangano in vigore (270); non esita a suggerire soluzioni d'avanguardia, meglio rispondenti al « *propio sufrimiento humano* ».

A differenza di altri, una cosa soprattutto non ha fatto e certo non farà: citare Wittgenstein ed una delle sue più celebri frasi (271).

Anche i superstiti delle vittime e le vittime della propria sopravvivenza sono forse *naives*: aspettano giustizia e non è vero che « *freilich bleibt dann eben keine Frage mehr* », poiché ad essi non si può rispondere che « *eben dies ist die Anwort* ».

---

(268) *Ibidem*, § 50: « *dado el reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Perú, la Corte considera que procede pasar a la etapa de reparaciones. La Corte considera apropiado que la determinación de las reparaciones se haga de común acuerdo entre el Estado demandado, la Comisión Interamericana y las víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, para lo cual se establece un plazo de tres meses contados a partir de la notificación de la presente Sentencia. La Corte estima, asimismo, pertinente señalar que el acuerdo a que llegaren las partes será evaluado por ésta y deberá ser en un todo compatible con las disposiciones relevantes de la Convención Americana* ».

(269) « *Las partes pueden acordar las indemnizaciones, pero no pueden negociar ni resolver reparaciones de otro carácter, como la persecución penal de los responsables de las violaciones reconocidas — salvo que se trate de delitos cuya persecución se supedita a instancia privada, hipótesis infrecuente en este ámbito — o la modificación del marco legal aplicable, a fin de conformarlo a las estipulaciones de la Convención. Estas son obligaciones que subsisten a cargo del Estado, en los términos de la Convención y de la sentencia de la Corte, independientemente de la composición pactada entre las partes* »: così il voto del Giudice García Ramirez, § 17.

(270) Vedi ancora, da ultimo, il caso *Barrios Altos*, *cit*. Analogamente la Corte europea, solo però con riguardo all'eccessiva durata dei processi, a far data dalla sentenza della *Grande Chambre* in data 28 luglio 1999 nel caso *Bottazzi c. Italia* (ricorso n. 34884/97), in *HRLJ*, 1999, pp. 480-482.

(271) « *Wir fühlen dass selbst, wenn alle möglichen wissenschaftlichen Fragen beantwortet sind, unsere Lebensprobleme noch gar nicht berührt sind. Freilich bleibt dann eben keine Frage mehr; und eben dies ist die Antwort* ». *Tractatus Logico-Philosoficus*, 6.52.

INDICE

		pag.
I.	*Six Studies on Reservations*	1
	Tullio Treves, *Foreword*	3
	Attila Tanzi, *The Resumed Codification of the Law of Reservations to Treaties*	7
	Cristina Campiglio, *Qualche riflessione a proposito delle riserve tardive*	35
	Alessandra Zanobetti, *Joint Reservations and Joint Declarations to Treaties*	57
	Andrea Sassi, *General Reservations to Multilateral Treaties*	91
	Alessandro Fodella, *The Declarations of States Parties to the Basel Convention*	111
	Patrizia De Cesari, *Riserve, dichiarazioni e facoltà nelle convenzioni dell'Aja di diritto internazionale privato*	149
II.	Sergio M. Carbone, Francesco Munari, *The Regime of Technical-nautical Services (Pilotage, Towage, Mooringmen) under European Law*	175
III.	Angela Del Vecchio, *Verso un superamento nel diritto del mare dei principi di sovranità territoriale e di inefficacia dei trattati verso i terzi*	203
IV.	Paola Ivaldi, *Il rinvio pregiudiziale: linee evolutive*	233
V.	Giorgio Sacerdoti, *La Carta europea dei diritti fondamentali: dall'Europa degli Stati all'Europa dei cittadini*	277
VI.	Alberto Santa Maria, *Consolidated Supervision of Banking Group in the Relations between Italy and Poland*	299
VII.	Augusto Sinagra, *Non riconoscimento dello Stato e imputazione di responsabilità internazionale ad altro soggetto*	351
VIII.	Pia Acconci, *Il nuovo testo delle* Guidelines *per le imprese multinazionali adottato dagli Stati membri dell'OCSE*	377
IX.	Giovanna Adinolfi, *Gli strumenti di cooperazione internazionale in materia antitrust fra politica commerciale e politica della concorrenza*	413
X.	Riccardo Basso, *L'interazione tra la disciplina dell'unione economica e monetaria e quella delle cooperazioni rafforzate*	463
XI.	Alessandra Bassu, *Sull'efficacia obbligatoria dell'accordo-quadro*	523

XII. Bernardo Cortese, *I diritti di proprietà industriale ed intellettuale nell'arbitrato commerciale internazionale: l'esempio dei contratti di trasferimento internazionale di tecnologia industriale e commerciale* 551

XIII. Angela Di Stasi, *Il G8 tra autonomia collettiva ed effettività « istituzionale »* 633

XIV. Roberta Garabello, *Una politica ambientale per il Mercosur? Luci ed ombre di uno sviluppo incerto* 669

XV. Gabriella Gasparro, *Passaggio inoffensivo, navigazione straniera e poteri dello stato costiero nel mare territoriale: spunti di riflessione su alcune manifestazioni recenti della prassi italiana* 733

XVI. Bruno Grandi, *Uguaglianza e disuguaglianza tra i membri delle Nazioni Unite. Sull'esigenza di riforma del Consiglio di Sicurezza* 761

XVII. Cesare Pitea, *Il trattamento differenziato dei paesi in via di sviluppo nella prassi contenziosa dell'OMC* 801

XVIII. Paola Puoti, *« Causa comune » e principio di uguaglianza processuale delle parti nei casi relativi alla liceità dell'uso della forza* 843

XIX. Ilaria Queirolo, *L'evoluzione dello spazio giudiziario europeo: in particolare la disciplina comunitaria delle procedure d'insolvenza* 903

XX. Claudia Sarrocco, *Global Mobile Personal Communication by Satellite: National Concerns; International Answers?* 959

XXI. Michelangela Scalabrino, *Vittime e risarcimento del danno: l'esperienza della Corte interamericana dei diritti dell'uomo* .. 1011

Indice 1093