SIDI

Società Italiana di Diritto Internazionale

19

IL FUTURO DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

PROSPETTIVE GIURIDICHE

L'AVENIR DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

PERSPECTIVES JURIDIQUES

XIX Convegno
Courmayeur
26-28 giugno 2014

a cura di

Michele Vellano

EDITORIALE SCIENTIFICA

es

SIDI
Società Italiana di Diritto Internazionale

19

Pubblicazioni
Società Italiana di Diritto Internazionale

1. *La riforma del Diritto internazionale privato italiano* (I Convegno – Roma 1996), Napoli, 1997
2. *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della Organizzazione Mondiale del Commercio* (II Convegno – Milano 1997), Napoli, 1998
3. *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale* (III Convegno – Siena 1998), Napoli, 1999
4. *Riforme Costituzionali. Prospettiva europea e prospettiva internazionale* (IV Convegno – Salerno 1999), Napoli, 2000
5. *La Moneta tra sovranità statale e diritto internazionale* (V Convegno – Torino 2000), Napoli, 2001
6. *Il diritto internazionale del mare fra usi antichi e nuove forme di utilizzazione* (VI Convegno – Padova, Treviso, Venezia 2001), Napoli, 2002
7. *L'internazionalizzazione dei mezzi di comunicazione e la sovranità statale* (VII Convegno – Napoli 2002), Napoli, 2003
8. *Ordine internazionale e valori etici* (VIII Convegno – Verona 2003), Napoli, 2004
9. *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale comunitario e interno* (IX Convegno – Roma 2004), Napoli, 2005
10. *Regioni e autonomie territoriali nel diritto internazionale ed europeo* (X Convegno – Trieste-Gorizia 2005), Napoli, 2006
11. *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente* (XI Convegno - Alghero 2006), Napoli, 2007
12. *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico. Soggetti, valori e strumenti* (XII Convegno – Milano 2007), Napoli, 2008
13. *La crisi del disarmo nel diritto internazionale. Nel quarti centenario della morte di Alberico Gentili* (XIII Convegno Roma – 2008), Napoli, 2009
14. *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata,* (XIV Convegno – Bari 2009), Napoli, 2010
15. *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali,* (XV Convegno – Bologna 2010), Napoli, 2011
16. *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale*, (XVI Convegno – Catania 2011) Napoli, 2012
17. *L'Unione europea a vent'anni da Maastricht: verso nuove regole*, (XVII Convegno – Genova 2012), Napoli, 2013
18. *Diritto internazionale e pluralità delle culture*, (XVIII Convegno - Napoli 2103), Napoli 2014

SIDI
Società Italiana di Diritto Internazionale

IL FUTURO DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

PROSPETTIVE GIURIDICHE

~

L'AVENIR DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

PERSPECTIVES JURIDIQUES

XIX Convegno
Courmayeur
26-28 giugno 2014

a cura di
Michele Vellano

EDITORIALE SCIENTIFICA

Volume pubblicato con il contributo dell'Università della Valle d'Aosta

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2015

Editoriale Scientifica s.r.l.
Via San Biagio dei Librai, 39
80138 Napol
ISBN 978-88-6342-757-8

INDICE-SOMMARIO

Presentazione
EDOARDO GREPPI XI

Prefazioni
MARIA LAURA PICCHIO FORLATI XV
ALAIN PELLET XXI

APERTURA DEL CONVEGNO

Saluti
FABRIZIO CASSELLA 3
LODOVICO PASSERIN D'ENTRÈVES 5

Message introductif
ABDOU DIOUF 7

Allocuzione di apertura del Convegno
MICHELE VELLANO 9

SESSIONE INAUGURALE

Le organizzazioni internazionali universali alla prova dell'evoluzione del diritto internazionale

Presidenza
ALAIN PELLET

Relazioni
GIORGIO SACERDOTI
Il ruolo delle organizzazioni internazionali nella soluzione delle controversie 19

ALAIN PELLET
Quelques commentaires cursifs sur la communication de Giorgio Sacerdoti 39

PAOLO PALCHETTI
Unità, pluralità o inutilità dei regimi di responsabilità internazionale applicabili alle organizzazioni? 43

LAURENCE DUBIN
La responsabilité des organisations internationales à l'égard des personnes privées entre évitement et contournement 61

GENEVIÈVE BASTID-BURDEAU
La participation des États aux organisations internationales et l'exercice du droit de vote 77

ANTONIETTA DI BLASE
Il sistema di voto nel Consiglio di sicurezza e il ruolo dell'Assemblea generale 83

PRIMA SESSIONE PLENARIA

Sovrapposizione ed esigenze di complementarietà nei rapporti tra le organizzazioni internazionali

Presidenza
SERGIO MARCHISIO
Possibili strumenti per coordinare le organizzazioni internazionali 125

Relazioni
EVELYNE LAGRANGE
Les relations entre les organisations internationales 131

MAURIZIO ARCARI
Coordinamento e concorrenza tra organi politici delle organizzazioni internazionali e istanze giurisdizionali internazionali 167

PIETRO PUSTORINO
Coordinamento e conflitto fra norme internazionali e regole di organizzazioni internazionali nella giurisprudenza nazionale 197

LORENZO GRADONI
La spettacolarizzazione della lotta alla fame ovvero l'impotenza delle organizzazioni internazionali di fronte alla sfida della sicurezza alimentare mondiale 237

SECONDA SESSIONE PLENARIA

La rappresentanza democratica nelle organizzazioni internazionali: soggetti privati, società civile, assemblee parlamentari ed enti territoriali

Presidenza
UGO VILLANI
Aspetti problematici della democrazia nelle organizzazioni internazionali 283

Relazioni
SUSANNA CAFARO
Elementi per la costruzione di una teoria della democraticità delle organizzazioni internazionali 293

DANIEL TURP
La représentation parlementaire au sein des institutions internationales 315

ANTONELLO TANCREDI
L'ibridazione pubblico-privata di alcune organizzazioni internazionali 331

PRIMA SESSIONE PARALLELA

L'Unione europea come modello di organizzazione regionale in transizione

Presidenza
GIUSEPPE TESAURO

Relazioni
LUCIA SERENA ROSSI
Il principio di uguaglianza fra gli Stati membri nell'Unione europea 361

MASSIMO CONDINANZI
L'integrazione differenziata nell'ambito dell'Unione europea 405

FABIEN TERPAN
La gouvernance économique de l'Union européenne : une juridicisation en trompe-l'œil ? 443

ROSTANE MEHDI
L'imitation du modèle de l'Union européenne dans d'autres contextes régionaux 459

SECONDA SESSIONE PARALLELA

Il ruolo delle organizzazioni internazionali nello sviluppo e nell'armonizzazione del diritto internazionale privato

Presidenza
STEFANIA BARIATTI

Relazioni

ALBERTO MALATESTA
La Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato e il suo contributo all'unificazione del diritto internazionale privato: recenti sviluppi e prospettive future 487

ÉTIENNE PATAUT
Les organisations internationales et le droit international privé : droit international privé universel et droit international privé régional 501

SERGIO MARIA CARBONE
La cooperazione tra organizzazioni internazionali nello sviluppo del diritto internazionale privato e del commercio internazionale 515

WALID BEN HAMIDA
La contribution de la Ligue arabe à l'élaboration d'un droit régional effectif des investissements 551

TAVOLA ROTONDA

Tra principio di legalità e politica internazionale: ripensare il sistema delle Nazioni Unite

Presidenza
FAUSTO POCAR

Interventi
JEAN PAUL JACQUÉ
Réformer les Nations-Unies ? 571

PASCAL LAMY
Évolution du système international dans le passé et à l'heure actuelle 581

ALAIN LE ROY
Le rôle des Nations Unies dans la paix et la sécurité mondiales 591

GIUSEPPE NESI
Brevi note su diritto e politica all'ONU. Ammissione, accreditamento, rappresentanza e *status* di osservatore in Assemblea generale 601

CONCLUSIONI GENERALI DEL CONVEGNO

LAURENCE BOISSON DE CHAZOURNES 623

APPENDICE

Organi direttivi della SIDI 633

Presentazione

Uno dei connotati più significativi della comunità internazionale contemporanea e dell'ordine giuridico che è scaturito dalla seconda guerra mondiale è legato all'elevato grado di istituzionalizzazione della cooperazione multilaterale. Le organizzazioni internazionali sono uno dei contributi più rilevanti che gli Stati hanno dato allo sviluppo del diritto internazionale negli ultimi decenni. A due secoli dal Congresso di Vienna (cui hanno fatto seguito le prime forme di organizzazione intergovernativa in Europa in quello che Claude Albert Colliard ha efficacemente definito «le siècle des Congrès») e a un secolo dalla Grande Guerra (nella cui scia sono nate la Società delle Nazioni e l'Organizzazione internazionale del lavoro), si rende necessaria un'ampia e approfondita riflessione sull'attualità e sulla validità dei modelli tradizionali di riferimento (enti a vocazione universale e regionali, per quanto attiene alla sfera soggettiva; organizzazioni politiche, militari, economiche, umanitarie, tecniche ecc. con riguardo all'ambito materiale dell'attività; organizzazioni di cooperazione o di integrazione per l'intensità del legame associativo). I delicati rapporti tra sovranità degli Stati e competenza delle organizzazioni, il problema della legittimazione degli organi, i processi decisionali, la natura e l'efficacia delle norme sono ora più che mai oggetto di rivisitazione, alla luce delle trasformazioni che investono la comunità internazionale nei nostri giorni.

La Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI), per il suo appuntamento congressuale annuale, ha scelto di affrontare il tema delle sfide che – nella dimensione giuridico/istituzionale – le organizzazioni internazionali sono chiamate ad affrontare. Dal 26 al 28 giugno 2014, organizzato dall'Università della Valle d'Aosta - Université de la Vallée d'Aoste, nella bellissima Courmayeur, ai piedi del Monte Bianco, si è quindi tenuto il XIX Convegno annuale della Società, con il titolo "Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche", sotto la presidenza dei professori Maria Laura Picchio Forlati e Michele Vellano, Presidente e Vice Presidente della SIDI. L'iniziativa ha avuto il patrocinio del Ministero degli Affari Esteri e dell'Organisation Internationale de la Francophonie.

Il Convegno di Courmayeur è stato anche il risultato della scelta - operata dal Consiglio Direttivo della SIDI – di dare vita a forme di stretta collaborazione con società scientifiche di altri Paesi. Abbiamo voluto cominciare con la Societé Française pour le Droit International (SFDI), proponendo al suo Presidente professor Alain Pellet e al Consiglio della

SFDI di essere strettamente associati nella progettazione e nella realizzazione del Convegno annuale della SIDI. Ai primi contatti informali hanno fatto seguito il Convegno interinale di Milano, che ha visto la partecipazione di alcuni Colleghi della SFDI, e la presenza di Presidente, Vice Presidente e Segretario Generale della SIDI al Convegno annuale della Società francese (Lione, 22-24 maggio 2104). Dal lavoro condiviso di concezione, progettazione e realizzazione del Convegno è scaturita l'articolazione in sessioni caratterizzate dalla presenza di relatori francesi e italiani, e dal dialogo fecondo che ne è scaturito.

Non solo, ma il Convegno è stato preceduto – e anche qui si tratta di una prima volta – da una sessione riservata ai dottorandi di ricerca delle due comunità scientifiche, volto a favorire l'incontro e il dialogo dei giovani studiosi in una logica di genuina *universitas*.

Questi risultati in termini di stretta collaborazione hanno consentito di constatare l'esistenza di un ricco patrimonio dottrinale delle scuole internazionalistiche francesi e italiane, nonché di stretti rapporti tra la SIDI e la SFDI e i loro membri, permettendo di dare vita a un legame destinato a produrre ulteriori iniziative congiunte.

La sessione inaugurale del Convegno ha affrontato il generale argomento delle organizzazioni internazionali in quanto chiamate a dare risposte efficaci a fronte dei cambiamenti che ha subito il diritto internazionale.

La prima sessione plenaria ha offerto approfondimenti sugli aspetti di sovrapposizione e sulle esigenze di complementarietà che caratterizzano i rapporti tra le diverse (e ormai numerose) organizzazioni internazionali.

Una seconda sessione plenaria ha offerto riflessioni sul delicato argomento della rappresentanza democratica nelle organizzazioni internazionali, che investe soggetti privati, società civile, assemblee parlamentari ed enti territoriali.

Due sessioni parallele sono state dedicate a due ambiti che rappresentano parti importanti degli interessi scientifici che si riconoscono nella SIDI. Esse hanno offerto la cornice per analizzare i profili dell'Unione europea come modello di organizzazione regionale in transizione, e il ruolo delle organizzazioni internazionali nello sviluppo e nell'armonizzazione del diritto internazionale privato.

Il Convegno è stato completato da una tavola rotonda dal suggestivo titolo "Tra principio di legalità e politica internazionale: ripensare il sistema delle Nazioni Unite", e dalle conclusioni generali, significativamente affidate alla Presidente della European Society of International Law, che ha raccolto e discusso alcuni dei numerosi spunti scaturiti dalle diverse sessioni tematiche.

Il Convegno annuale valdostano ha offerto ancora una volta l'occasione per una significativa partecipazione di studiosi del diritto internazionale e del diritto dell'Unione europea, registrando anche in questa edizione una molto significativa presenza di giovani. A loro è tradizionalmente dedicato un momento che la SIDI continua a ritenere di particolare importanza: la consegna dei premi SIDI (attribuito per un articolo in materia di diritto internazionale, di diritto internazionale privato o di diritto dell'Unione europea), "Riccardo Monaco" (per tesi di dottorato dedicate a temi di organizzazione internazionale e di diritto dell'Unione europea) e "Daniele Padovani" (per una tesi di laurea in diritto internazionale privato e processuale).

Un ringraziamento particolare va al collega Michele Vellano, dell'Università della Valle d'Aosta - Université de la Vallée d'Aoste. Il suo impegno appassionato ha consentito la programmazione e la realizzazione di un Convegno che ha contribuito ad allargare ulteriormente gli ambiti di riflessione promossi dalla nostra Società scientifica.

La riconoscenza profonda della SIDI va anche al professor Alain Pellet, al Segretario Generale Sebastien Touzé e a tutto il Consiglio della SFDI: il Convegno di Courmayeur e questi Atti rappresentano una bellissima testimonianza di quanto due Società scientifiche sorelle possano realizzare insieme, con un impegno condiviso e appassionato.

Un ringraziamento speciale va alla Fondazione Courmayeur Mont Blanc e al suo Comitato Scientifico, per avere contribuito fin dai primi passi al progetto di un convegno annuale particolarmente complesso e ambizioso.

La riuscita del Convegno, poi, si deve anche al dottor Andrea Spagnolo e ai numerosi giovani che hanno prestato la loro opera nei diversi momenti della concezione e della realizzazione delle giornate di Courmayeur.

La realizzazione di questo ampio volume si deve a Michele Vellano, assistito da Andrea Spagnolo, Francesca Varvello, Alberto Miglio e Stefano Saluzzo.

Un vivo ringraziamento, infine, va al dott. Roberto Storchi, responsabile della Segreteria della SIDI presso l'Istituto di Studi Giuridici Internazionali (ISGI) del Consiglio Nazionale delle Ricerche.

Edoardo Greppi
Segretario Generale della SIDI

PREFAZIONE

MARIA LAURA PICCHIO FORLATI*

Il presente volume contiene i contributi, significativamente ampliati e arricchiti, delle relazioni svolte nel corso del XIX Convegno annuale della Società italiana di diritto internazionale (SIDI), svoltosi a Courmayeur nel 2014 e dedicato a "Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche". Con tale Convegno, la SIDI ha dato seguito ad una voce qualificante del programma dell'attuale Consiglio direttivo: il rafforzamento, cioè, dei rapporti internazionali della nostra Società. Di qui l'invito alla Société française pour le droit international (SFDI) di partecipare, sin dalla fase della sua organizzazione, al Convegno di Courmayeur. Per la prima volta, nella sua storia ventennale, la SIDI ha così condiviso la sua iniziativa più qualificante – il convegno annuale – con la società scientifica di un altro Paese, probabilmente la più vicina per consonanza e tradizioni rispetto, in particolare, al tema del Convegno. Un tema di ricerca comune a tanti studiosi in Italia, che è stato (ed è) animato e nutrito dal dialogo ininterrotto con la dottrina anglosassone certo, con la dottrina tedesca ma, prima ancora, con la dottrina francese.

La pubblicazione degli atti del Convegno congiunto di Courmayeur offre allora l'occasione di evocare con gratitudine il contributo dottrinale che, in provenienza dalla Francia, è stato, in generale, determinante per la scienza internazionalistica italiana. Il debito così contratto si trova doverosamente registrato, e minuziosamente, negli apparati di note cui si si affidano, in Italia come altrove, i prodotti della ricerca; piace ricordarlo, peraltro, anche come debito collettivo. "Scuole" italiane diverse – *in primis*, la scuola romana e la scuola napoletana del diritto internazionale, ma pure l'articolazione nord-occidentale delle medesime – sono invero venute confrontandosi anche, nei decenni, nel diverso livello di ascolto rispettivamente assicurato ad apporti provenienti dall'esterno, in particolare dalla Francia. Tanto è accaduto almeno sino ai primi anni '70 del secolo scorso: sino a quando fu avviata, cioè, la messa a regime, attraverso l'art. 11 Cost., di quel rapporto fra diritto internazionale ed europeo, da un lato, e ordinamento italiano, dall'altro lato[1], in cui traspare in contro-

* Presidente della Società italiana di diritto internazionale.

luce la dottrina d'oltralpe. Ad ancorare quel rapporto erano state infatti, e sono, limitazioni di sovranità del tipo delineato già dal Preambolo della Costituzione francese[2], e una gerarchia tra fonti interne simile a quella riflessa dall'art. 55 di questa.

La codificazione, in tale articolo, del rispetto della condizione di reciprocità per garantire la preminenza, nell'ordinamento francese, delle norme da trattato sulle leggi ordinarie è d'altro canto già di per sé indizio dell'attenzione ad un tema – il ruolo della reciprocità nel diritto internazionale – che attraversa la dottrina francese del '900 prima e dopo la seconda guerra mondiale[3]. Trattasi di un'attenzione echeggiata a lungo in Italia prima di esservi sopraffatta dal tributo via via dilagante pagato a norme internazionali ritenute immuni dal gioco della reciprocità in quanto ascritte al diritto internazionale cogente.

Sul piano sistematico il dialogo intrattenuto da studiosi italiani del diritto internazionale con la dottrina francese resta comunque segnato dalla teoria del *dédoublement fonctionnel* di George Scelle[4]: teoria oggi imperante – piuttosto che esplicitamente nella dottrina – nel linguaggio diffuso delle scienze sociali in Italia, grazie al riferimento ricorrente, quasi clausola di stile, all'organizzazione multilivello. Ora, si lasci pure per il momento impregiudicato il futuro delle organizzazioni internazionali. Con riguardo al loro presente, quella teoria registra in modo sfocato il rapporto fra organizzazione interna degli Stati, questa sì multilivello, ed i rapporti di e fra Stati e altri enti nella dimensione giuridica internazionale (in particolare la loro posizione rispetto alle organizzazioni internazionali intergovernative, e la posizione reciproca fra queste, oltre che con le organizzazioni internazionali non governative). Resta comunque

[1] V. in particolare Corte Cost., sentenza n.° 173 del 27.12.1973, *Frontini*, che si narra ispirata all'estensore Astuti dall'allora membro della Corte di Giustizia delle Comunità europee Riccardo Monaco.

[2] Così infatti il Preambolo alla Costituzione del 27 ottobre 1946, richiamato dalla Costituzione 1958 (V Repubblica): «14. La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international. Elle n'entreprendra aucune guerre dans des vues de conquête et n'emploiera jamais ses forces contre la liberté d'aucun peuple. - 15. Sous réserve de réciprocité, la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix».

[3] Cfr. J.P. NIBOYET, *La notion de réciprocité dans les traités diplomatiques de droit international privé*, in *Recueil des cours*, 1935 (II), pp. 207-355, e M. VIRALLY, *Le principe de réciprocité dans le droit international contemporain*, in *Recueil des cours*, 1967 (III), pp. 22-98.

[4] A partire dal *Précis du droit des gens*, *Principes et systématique*, Sirey, vol. 1, 1932 e vol. 2, 1935, fino all'edizione 2008 per Dalloz con presentazione di C. SANTULLI.

la potenza della lezione di Scelle[5]: una lezione cui il giurista internazionalista, italiano o francese che sia, è chiamato ad adeguarsi o a contrapporsi, ma da cui in nessun caso può prescindere.

Il riferimento a questa lezione porta con sé un richiamo al ruolo avuto da Scelle nel consolidamento della *Revue générale de droit international*: culla storica della dottrina francese del diritto internazionale, ma pure alveo di documentazione decisiva per conoscere la prassi francese del diritto internazionale da parte di studiosi stranieri, in particolare italiani, in stagioni che hanno preceduto quella della rivoluzione informatica. Questa funzione in qualche modo umile è stata per la seconda metà del '900 condivisa dalla *Revue générale* con le raccolte sistematiche di prassi portate avanti, ad esempio, da A. de La Pradelle[6] e da Kiss[7] e tra l'altro con *l'Annuaire français de droit international* che, fondato da Suzanne Bastid, è patrocinato, sin dal 1954, dal Centre National de la Recherche Scientifique. Spicca comunque, in questo quadro, le *triage* degli avvenimenti rilevanti assicurato alla comunità scientifica, in particolare ai giuristi internazionalisti italiani, dalla cultura storico-politica di Charles Rousseau nella rubrica della *Revue générale* intitolata *Chronique des faits internationaux*. Da quella combinazione tra fedeltà ai fatti e vivida capacità di sintesi emerge tra l'altro, ancor oggi, una lezione di stile.

Il nostro settore scientifico disciplinare riconosce, infatti, come tratto proprio dei cugini d'oltrealpe l'arte di una scrittura elegante, immaginifica, messa al servizio di una scelta di temi spesso di nicchia: una scrittura che non teme di echeggiare quella letteraria[8] e di echi letterari si serve.

[5] Cfr., ancora da ultimo, Ch. APOSTOLIDIS, H. TOURARD (dir.), *Actualité de Georges Scelle*, Dijon, 2013, pp.180, ma prima – per il risalto dato a tale lezione anche dalla dottrina italiana – A. CASSESE, *Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (dédoublement fonctionel) in International Law*, in *EJIL*, 1990, pp. 210-231.

[6] V. in particolare, in collaborazione con N. POLITIS, *Recueil des arbitrages internationaux*, in tre volumi usciti tra il 1927 ed il 1954, nonché, nel 1934, il *Recueil général des décisions et conventions intéressant le droit international.*

[7] *Répertoire de la pratique française en matière de droit international public*, pubblicato fra il 1962 ed il 1969 con il patrocinio del Comité national de la recherche scientifique, in 6 volumi, dedicati a altrettante aree della materia, ivi compreso (vol. VI) il diritto internazionale bellico. Nel 1972 invece il volume VII, contenente gli indici.

[8] V., per un esempio minuto, V. GUÈVREMONT, *Le développement durable: ce gêne méconnu du droit international de la culture*, in *RGDIP*, 2012, pp. 801-834; per un esempio travolgente – ben lo illustra la *Note de lecture* di M. CHEMILLIER-GENDREAU, in *AFDI*, 1989, pp. 989-994 (ma v. anche, di C. SANTULLI*, Retour sur un classique. Charles Chaumont : Cours général de droit international public*, in *RGDIP*, 2004, pp. 277-278) – CH. CHAUMONT, *Le secret de la beauté. Essai sur le pouvoir et les contradictions*, Paris, 1987. Con specifico riguardo al dialogo dottrinale italo-francese, invece, L. CONDORELLI, *Notes de lecture: P.-M. Dupuy, Droit international public*, in *AFDI*, 1992, pp. 1208-1210 («…il est remarquablement écrit, dans une langue riche, imagée, captivante…»).

Nella stagione della transnazionalità in Europa, sostenuta che sia dagli scambi Erasmus o dei ricercatori, l'iniziativa di questo convegno a doppio patrocinio, e il prezioso incontro di giovani ricercatori di Italia e Francia che lo ha arricchito, sono stati voluti dunque dalla SIDI anche per sottolineare l'imperatività, per un giurista internazionalista italiano, di una frequentazione e della dottrina e della lingua francese: in primo luogo della lingua giuridica, ma pure della lingua in generale, quale strumento di astrazione dal concreto, dal vissuto, tanto simile nei modi d'uso e nella funzione al diritto stesso. Con un corollario. La conoscenza della lingua francese è indispensabile per condividere risultati di eccellenza anche in tutti i settori che la nostra tradizione scientifico-accademica considera comunicanti tra loro nel e con il diritto internazionale, e tanto più grazie agli sviluppi odierni: il diritto internazionale privato e processuale cioè, ovvero il diritto delle Comunità europee e quindi dell'Unione europea[9], se non addirittura l'incrocio tra tali ambiti assicurato dal diritto internazionale privato europeo. Ambito privilegiato di esposizione all'influenza reciproca di giuristi italiani e francesi o di lingua francese è stato a questo riguardo, dal 1993, il Gruppo europeo di diritto internazionale privato, i cui lavori beneficiano del dominio di questa lingua, oltre che dell'inglese, assicurato dai membri provenienti da tutta Europa. Attraverso la componente italiana lo scambio sin dalle origini con personalità quali Paul Lagarde, Hélène Gaudemet Fallon, Catherine Kessedjian e – a voler dar risalto non tanto ad una lingua o ad una nazionalità, bensì ad una cultura giuridica – di Marc Fallon, di Bucher e dello stesso fondatore Rigaux, hanno indirettamente arricchito così, e in tempo reale, la ricerca di una nuova generazione di ricercatori in Italia.

In particolare il francese è stato, è, e merita di essere ancora in futuro lingua veicolare per il diritto dell'organizzazione internazionale. Alla ricostruzione scientifica di quest'ultimo fenomeno anche attraverso il contributo della dottrina italiana hanno dato apporti decisivi, da un lato, autori della statura di Reuter e Combacau[10], e, con particolare riguardo all'Unione europea e ai suoi precedenti, Jacqué[11]; dall'altro lato opere di riferimento tra le quali spicca *La Charte des Nations Unies* a cura di J.P. Cot, A. Pellet e M. Forteau. Reciprocamente, e a titolo di indizio, colpisce che, con riguardo alle operazioni Alba e Celac, nella *Revue générale*

[9] «…matières où la langue, bien plus qu'une nationalité, est le véhicule d'une culture»: così, estrapolando a mò di parafrasi del nostro discorso, J. VERHOEVEN, *Les préfaces du droit international…ou ce qui est dit 'avant'*, in *AFDI* 2012, p. 1.

[10] Insieme in P. REUTER, J. COMBACAU, *Institutions et relations internationales*, Paris, 1998.

[11] J. PAUL JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*[7e], Dalloz, 2012.

de droit international public sia stata di recente ripresa la teoria dell'organo comune già cara alla scuola romana del diritto internazionale[12].

In pagine parallele a queste proprio Alain Pellet ricorda il "servizio" reso al dialogo tra internazionalisti italiani e francesi già da Gidel traducendo in francese il *Corso di diritto internazionale* del 1928 di Dionisio Anzilotti[13]. Ottant'anni dopo uno strumento atto a scandire altre battute di quel dialogo è offerto oggi alla dottrina di tanti Paesi dalla traduzione in francese – pubblicata di recente da Robert Kolb, per i tipi della Cedam-Kluwer – delle *Nozioni di diritto internazionale* di Gaetano Morelli: del testo, cioè, che il cuore di quel corso – prima di Anzilotti, poi di Perassi – ha diffuso in Italia fino ai primi anni '80 del '900.

Al dunque, una declinazione in francese non solo del presente ma anche del futuro delle organizzazioni internazionali può forse attendersi come onda lunga del contributo assicurato da Ginevra, attraverso l'opera instancabile di un Vattel, alla stessa nascita del diritto internazionale[14]. All'angolo sud-occidentale del Lago Lemano, là dove aleggia su territorio svizzero la temperie inconfondibile di una cultura francese e cosmopolita, sono oggi presenti infatti tante organizzazioni internazionali (intergovernative e non). Spetta allora forse proprio a queste ultime valorizzare, fra le loro lingue ufficiali, la lingua francese: strumento fra gli altri per aiutare noi a sentirci – indipendentemente dalla appartenenza scientifica o dalla nazionalità d'origine – loro concittadini e, per loro tramite, cittadini del mondo.

[12] C. SANTULLI, *Retour à la théorie de l'organe commun*, in *RGDIP*, 2012, p. 565.
[13] D. ANZILLOTTI, trad. Gilbert Gidel, *Cours de droit international*, Paris, 1929.
[14] Diffusamente al riguardo S. BEAULAC, *The Power of Language in the Making of International Law*, *The Word Sovereignty in Bodin and Vattel and the Myth of Westphalia*, Leiden-Boston, 2004, specie pp. 127-183.

PREFACE

Alain PELLET*

Grâce à l'heureuse initiative de la Société italienne de droit international, un colloque a réuni à Courmayeur, dans l'écrin enchanteur des Alpes, un grand nombre d'internationalistes français et italiens. Il est symbolique que cette rencontre se soit tenue dans le Val d'Aoste et cette ville de Courmayeur qui sont le symbole des liens entre la France et l'Italie, entre le français et l'italien, et sous les auspices de l'Université de la Vallée d'Aoste dont le Recteur Cassella a rappelé, dans son allocution de bienvenue, l'ouverture internationale.

Le présent volume retranscrit les actes de cette rencontre de haute tenue scientifique, qui a porté sur un sujet ambitieux et important, déjà largement défriché, mais sur lequel les participants ont enrichi la réflexion sur nombre d'aspects contemporains et « prospectifs » du droit des organisations internationales.

Le colloque de Courmayeur a coïncidé avec la parution en France de plusieurs ouvrages importants, eux aussi consacrés à l'étude des permanences et des évolutions qui ont marqué « le phénomène institutionnel international » ces dernières années : tel est le titre d'un colloque organisé en 2013 par les Universités de Paris VIII et Cergy-Pontoise dont les actes viennent de paraître[1] ; à quoi s'ajoute l'important et déjà indispensable traité de *Droit des organisations internationales*, récemment publié sous la direction d'Évelyne Lagrange et Jean-Marc Sorel[2]. Ces publications s'inscrivent dans une forte tradition qui a été marquée, en particulier, par les travaux de Michel Virally sur le système des Nations Unies[3] qui ont renouvelé l'étude du sujet et auxquels je tiens à rendre hommage en passant.

* Président de la Société française pour le droit international.

[1] L. DUBIN et M.-C. RUNAVOT (dir.), *Le phénomène institutionnel international dans tous ses états : transformation, déformation ou reformation ?*, Colloque Université de Cergy-Pontoise, Université de Paris VIII, Paris, 2014, 276 p.

[2] E. LAGRANGE et J.-M. SOREL (dir.), *Droit des organisations internationales*, Paris, 2013, 1248 p. V. aussi, G. CAHIN, F. POIRAT et S. SZUREK (dir.), *La France et les organisations internationales*, Paris, 2014, 385 p.

[3] V. surtout, M. VIRALLY, *L'organisation mondiale*, Paris, 1972, 589 p.

Est-il besoin d'ajouter que la doctrine italienne n'est pas en reste ? On ne peut qu'être frappé par le nombre des manuels publiés dans la Péninsule sur le *Diritto delle organizzazioni internazionali*[4]. Et comment ne pas évoquer l'apport de Tommaso Perassi[5] et de Benedetto Conforti[6] aux études « onusiennes » ?

La Rencontre de Courmayeur a été l'occasion de confronter ces deux riches traditions en portant un regard croisé sur le droit des organisations internationales et ses mutations. Mais, à vrai dire, plus que de confrontation, c'est de convergence et, peut-être, de complémentarité qu'il faut parler car je ne note ni fracture, ni incompréhension – contrairement à ce qui peut se produire parfois entre écoles nationales de droit international[7]. Tout juste, peut-être, des « petites musiques » un peu différentes sur certains points – mais qui doivent plus, sans doute, à la personnalité des auteurs ou à leurs attaches doctrinales diverses qu'à des modes de pensées fondamentalement divergents. Après tout, Italiens et Français, nous sommes profondément latins et nos traditions juridiques s'abreuvent aux mêmes sources et sont nourries des mêmes principes.

Ceci est vrai pour les droits internes de nos deux pays, mais vaut aussi pour nos approches du droit international. Riches de leur diversité doctrinale, les écoles internationalistes française et italienne ont, de longue date, entretenu des rapports étroits et exercé l'une sur l'autre de fortes et fécondes influences. Assurément, la présente préface n'est pas le lieu d'entreprendre une étude – qui serait bienvenue – des interactions entre les deux « écoles », non plus d'ailleurs que de s'interroger sur l'existence ou la définition de celles-ci.

[4] V. not., pour s'en tenir aux parutions ou rééditions des cinq dernières années : U. DRAETTA, *Principi di diritto delle organizzazioni internazionali*, Milano, 3ème ed., 2010, xxi-188 p. et la partie spéciale, 2011, xx-405 p. ; A. DEL VECCHIO, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Napoli, 2012, 444 p. ; R. BELLONI, M. MOSCHELLA, D. SICURELLI (a cura di), *Le organizzazioni internazionali : struttura, funzioni, impatto*, Bologne, 2013, 302 p. ; C. ZANGHI, *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Torino, 3ème éd., 2013, xxvi-439 p.

[5] *L'ordinamento delle Nazioni Unite*, Padova, 3ème éd., 1953, 61 p.

[6] V. B. CONFORTI et C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Padova, 9ème éd., 2012, xxxiii-499 p.

[7] V. *Droit international et diversité des cultures juridiques*, Journée franco-allemande de la Société française pour le droit international et de la Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht, 3 et 4 novembre 2006, Nice, Paris, 2008, 473 p. Comme le montre Emmanuelle Jouannet dans sa contribution à cet ouvrage, les oppositions entre les approches américaine et française du droit international sont autrement plus marquées (Les visions française et américaine du droit international: cultures juridiques et droit international », pp. 43-90). V. aussi l'intéressant exposé de Abdulqawi YUSUF, *Diversity of Legal Traditions and International Law: Keynote Address*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 2, 2013, n° 4, pp. 681-703.

Je me rallie à cet égard aux réponses que donne Francesco Messineo à la question de savoir s'il existe une conception italienne du droit international, qu'il examine excellemment dans l'étude récente qu'il y a consacrée dans le *Cambridge Journal of International and Comparative Law* : « An 'Italian school' obviously exists » ; elle est riche et diverse ; mais « An 'Italian conception' may not exist »[8], exclue qu'elle est par cette diversité même. Et cela est pleinement transposable à la doctrine française ou, plus largement, francophone dont sa meilleure connaisseuse a pu écrire qu'elle « n'est sans doute pas spécifique en elle-même d'une certaine façon de penser le droit international public (...) »[9].

Il y a au demeurant des nuances entre les tendances dominant les deux écoles. L'italienne a probablement toujours été plus marquée par le goût et le sens des discussions théoriques que la française et cela demeure vrai aujourd'hui, même si l'une comme l'autre sont de plus en plus caractérisée par une démarche empirique ; le « positivisme méthodologique ou pragmatique »[10] qui domine la doctrine française imprègne presqu'autant la pensée internationaliste italienne. Et « [l]e renvoi systématique aux catégories conceptuelles classiques du droit international, ne serait-ce que pour les réfuter, représente un élément constant de l'approche méthodologique des auteurs »[11] contemporains, qu'ils soient italiens ou français.

Je suis mal placé pour apprécier l'influence que peut exercer – ou qu'a exercée – la doctrine française sur les internationalistes italiens. Je n'ai en revanche aucun doute sur le rayonnement de la doctrine italienne en France. Laissons de côté Machiavel et Mancini. Et, même si l'empreinte qu'a laissée Anzilotti sur nombre d'internationalistes français est un peu envahissante, elle ne doit pas éclipser l'influence, très réelle, d'autres grands noms de la littérature juridique italienne.

[8] V. F. MESSINEO, *Is There an Italian Conception of International Law?*, *ibid.* , pp. 879-905; v. aussi P. ZICCARDI, *Evoluzione e traguardi della scuola italiana di Diritto internazionale nel XX secolo*, in F. M. MARIÑO MENÉNDEZ (dir.) *El Derecho internacional en los albores del siglo XXI: homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa*, Madrid, 2002, pp. 715-734.

[9] E. JOUANNET, *Regards sur un siècle de doctrine française du droit international*, in *A.F.D.I.*, vol. 46, 2000, p. 57.

[10] *Ibid.*, p. 35.

[11] E. CANNIZZARO, *La doctrine italienne et le développement du droit international dans l'après-guerre : entre continuité et discontinuité*, in *A.F.D.I.*, vol. 50, 2004, p. 22. Dans le même sens, E. Jouannet souligne, dans la doctrine française, « la référence élective à quelques grands maîtres des universités françaises et qui sans nul doute ont marqué des générations d'étudiants » (*ibid.* p. 4).

Pourquoi Anzilotti ? Sans doute d'abord du fait de l'attrait que sa doctrine assez « carrée » – qu'il s'agisse de son robuste positivisme volontariste ou de son dualisme univoque – ne pouvait manquer d'exercer sur des esprits cartésiens[12]. Au surplus, la traduction de son maître-livre, son *Corso di diritto internazionale*, par un internationaliste français éminent, Gilbert Gidel[13], a sans aucun doute contribué à la diffusion de sa pensée dans l'Hexagone. Mais après tout, l'influence d'Anzilotti s'est exercée très au-delà de la seule doctrine française et si « Anzilotti's successful doctrinal project brought the Italian school into the European positivist mainstream »[14], sa doctrine a aussi puissamment contribué à enrichir et fortifier ce courant dominant.

On ne saurait pourtant réduire à Anzilotti, l'influence de l'école italienne de droit international sur la doctrine française. Pour s'en tenir aux auteurs d'outre-Piémont qui ne sont plus de ce monde[15], trois noms au moins doivent être mentionnés : Santi Romano, Roberto Ago et Antonio Cassese. Du premier, il faut citer bien sûr le petit mais dense ouvrage, *l'ordinamento giuridico*[16], dont deux éditions françaises *post mortem* successives (fait rare pour un livre de droit traduit d'une langue étrangère) ont connu un grand succès[17] et fortement influencé les études françaises, nombreuses, sur l'institution et l'État[18]. Pour sa part, Roberto Ago a joui d'un prestige exceptionnel auprès des internationalistes français[19], non seulement pour ses travaux sur la responsabilité internationale, qui ont révolutionné la vision ultra-dominante du sujet et

[12] Dans l'essai qu'il lui a récemment consacré, Denis Alland nuance cette vision sans doute un peu simpliste que nous avons en France du grand maître italien (*Anzilotti et le droit international public*, Paris, 2012, 197 p.). Et je reconnais que, « [o]bviously, stating that the Italian school is both 'positivist' and 'dualist' on account of its founder may well be true and not leave us any wiser » (F. MESSINEO, *op. cit.*, p. 892).

[13] D. ANZILOTTI, trad. Gilbert Gidel, *Cours de droit international*, 1er volume. Introduction. Théories générales, Paris, 1929, 536 p. ; témoignage de la pérennité de son rayonnement, cette traduction a été rééditée en 1999 : éd. Panthéon-Assas, 1999, 534 p.

[14] *Ibid.*, p. 895.

[15] Je tiens cependant à dire tout ce que je dois à la fréquentation assidue des écrits des auteurs italiens – au premier rang desquels je me permets de citer (par ordre alphabétique...) mes amis admirés Luigi Condorelli, Benedetto Conforti, Giorgio Gaja.

[16] SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, 202 p. ; 2ème éd., Firenze, 1946, 190 p.

[17] *L'ordre juridique*, trad. L. François et P. Gothot, Paris, 1ère éd., 1975, 174 p., 2ème éd., 2002, xxii-174 p.

[18] V. par exemple M. TROPER, *Système juridique et Éta*t, in *Archives de Philosophie du Droit*, 1986, n° 31, pp. 30 et s..

[19] Et tout spécialement l'auteur de ces lignes. V. not. *Les rapports de Roberto Ago à la C.D.I. sur la responsabilité des États*, in *Forum du droit international*, 2002, pp. 222-229.

pas uniquement en France[20], mais aussi par ses travaux sur la communauté internationale et sur la formation « spontanée » du droit, dont certains sont parus en langue française et ont connu un grand retentissement[21]. *Last but not least*, Antonio Cassese, dont je chéris la mémoire, a largement publié en langue française[22] et a exercé une influence indiscutable non seulement sur les spécialistes de droit international humanitaire ou pénal, mais aussi en droit international général et il n'est pas exagéré de dire qu'il fut l'un des maîtres à penser des internationalistes francophones « progressistes ».

Le colloque de Courmayeur, qui a été précédée d'une rencontre entre jeunes chercheurs des deux pays, est, d'une certaine manière, le point d'orgue ou la consécration de ces interactions doctrinales et a permis à un grand nombre d'internationalistes français et italiens d'échanger des points de vue, non seulement lors des sessions mais aussi, c'est l'une des grandes vertus des colloques, dans des conversations amicales autour d'un verre ou durant les agapes généreusement offertes par la Région autonome de la Vallée d'Aoste, la ville de Courmayeur, la Fondation Courmayeur-Mont-Blanc et l'Université de la Vallée d'Aoste – que je remercie chaleureusement au nom de la SFDI. J'exprime également notre gratitude à la Société italienne, à sa présidente, la professeure Laura Picchio Forlati, et à son Secrétaire général, le professeur Edoardo Greppi, qui nous ont fait

[20] Malgré les réticences maintenues d'une partie non-négligeable de la doctrine française (v. not. J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Montchrestien/Lextenso, Paris, 10ème éd., 2012, pp. 519-523 ; G. COTTEREAU, *Systèmes juridiques et notions de responsabilité*, in SFDI, *La responsabilité dans le système international*, Paris, Pedone, 1991, p. 21 ; E. DECAUX, *Responsabilité et réparation*, *in ibid.*, p. 147. V. aussi mais de manière beaucoup plus nuancée, P. REUTER, *Le dommage comme condition de la responsabilité internationale*, in *Estudios de Derecho Internacional – Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, Madrid, 1979, reproduit dans P. REUTER, *Le développement de l'ordre juridique international – Ecrits de droit international*, Paris, 1995, pp. 569-571.

[21] V. not. R. AGO, *Science juridique et droit international*, in *R.C.A.D.I.*, t. 90, 1956-III, pp. 851-958, *Droit positif et droit international*, in *A.F.D.I.*, 1957, pp. 14-63 ou *Communauté internationale et organisation internationale*, in R.-J. DUPUY (dir.), *Manuel sur les organisations internationales*, Dordrecht, 1988, pp. 3-12.

[22] V. not. A. CASSESE et E. JOUVE, *Pour un droit des peuples : essais sur la déclaration d'Alger*, Paris, 1978, 220 p. ; *La guerre civile et le droit international*, in *R.G.D.I.P.*, vol. 90, 1986, pp. 553-578 ; *Le droit international dans un monde divisé*, Paris, 1986, 375 p. ; *Y a-t-il un conflit insurmontable entre souveraineté des États et justice pénale internationale?*, in A. CASSESE et M. DELMAS-MARTY (dir.), *Crimes internationaux et juridictions internationales*, Paris, 2002, pp. 13-29. Il va de soi, que les lecteurs français ont également eu accès à l'œuvre, très abondante, du grand internationaliste italien publié en italien et en anglais.

l'amitié de nous associer non seulement à ce beau colloque, mais aussi à sa conception même, alors qu'il s'agissait de la dix-neuvième réunion annuelle de la SIDI. Je tiens enfin à exprimer notre gratitude et mon admiration personnelle pour son efficacité et son extrême courtoisie au professeur Michele Vellano qui a été l'organisateur infatigable de cette rencontre, ainsi qu'à son équipe diligente et accueillante.

Pour terminer, je souhaite former le vœu que cette initiative ne reste pas sans lendemain, que les liens entre les deux sociétés se renforcent encore, et que cette magnifique rencontre de Courmayeur n'aura été que la première d'une série d'activités conjointes des deux sociétés – qui ne doivent pas inévitablement et seulement se traduire par des colloques communs. J'espère en particulier que les membres *juniors* de nos deux sociétés sauront inventer des nouvelles formes de coopération.

APERTURA DEL CONVEGNO

SALUTO

Fabrizio CASSELLA*

Porgo il mio saluto alle autorità presenti, agli illustri professori ed esperti convenuti oggi alla giornata inaugurale del convegno "Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche".

Esprimo la mia più viva soddisfazione per l'organizzazione di un evento internazionale così importante, che ha visto collaborare due istituzioni culturali della Valle d'Aosta: l'Università e la Fondazione Courmayeur Mont Blanc. La sinergia che ha caratterizzato la collaborazione tra questi due enti può rappresentare un modello da imitare e rinnovare per lo sviluppo e la diffusione di idee sul nostro territorio.

Sono poi particolarmente lieto del coinvolgimento di due prestigiose società scientifiche, la Società italiana di diritto internazionale e la Société francaise pour le droit international, ai cui due Presidenti rivolgo un saluto particolare, e del riconoscimento che l'OIF e il suo Segretario generale s.e. M. Abdou Diouf hanno tributato a questo convegno scientifico.

In questi giorni, a Courmayeur, ascolteremo studiosi italiani e francesi, certi che questo incontro culturale sia fecondo e costituisca un valore aggiunto nel dibattito sul futuro delle organizzazioni internazionali. Ci fa particolarmente piacere che il Convegno sia stato preceduto da un incontro (il primo in assoluto) tra i giovani dottorandi italiani e francesi di diritto internazionale che hanno avuto modo di conoscersi e confrontarsi in relazione alle rispettive ricerche.

Non è un caso che un simile confronto si tenga in Valle d'Aosta, terreno fertile di scambio e dialogo tra l'Italia e gli Stati con essa confinanti, in modo particolare la Francia, con la quale la Valle d'Aosta ha un canale privilegiato di comunicazione e di cooperazione come dimostra la partecipazione ai lavori della tavola rotonda di sabato mattina di s.e. l'Ambasciatore Alain Le Roy, già Segretario generale aggiunto delle Nazioni Unite incaricato delle operazioni di pace.

La storia e la geografia della Valle d'Aosta hanno, infatti, consentito a questa regione di ergersi a rappresentante del mondo francofono in Ita-

* Rettore dell'Università della Valle d'Aosta – Université de la Vallée d'Aoste.

lia, al punto di entrare a far parte, nel 1988, dell'Assemblea parlamentare della francofonia, in cui si riuniscono, dal 1967 i parlamentari di lingua francese di tutto il mondo, tra cui anche gli amici del Québec, che so essere rappresentati in questo convegno dal professor Daniel Turp, dell'Université de Montreal.

L'Assemblea parlamentare della francofonia è un esempio di convivenza, in un ente internazionale, di stati, enti territoriali nazionali e infranazionali e organizzazioni sovranazionali. È un foro dove sono rappresentate le istanze del mondo francofono e svolge un importante lavoro di riflessione su tematiche quali la libertà e i diritti politici, i Parlamenti e la comunicazione, lo spazio economico francofono e la cooperazione decentralizzata e, ancora, l'educazione, gli ostacoli alla diffusione della conoscenza nell'universo francofono o il ruolo della lingua francese nelle organizzazioni internazionali. La diversità culturale caratterizza i lavori dell'assemblea e ne costituisce un valore aggiunto.

Ed è sulla ricerca di un simile valore aggiunto che il dibattito sul futuro delle organizzazioni internazionali deve anche soffermarsi. Alcuni temi della *governance* internazionale non possono prescindere dalla cooperazione multilivello tra enti territoriali e dalla considerazione delle istanze di collettività organizzate internamente agli Stati e portatrici di interessi particolari.

Siffatti interessi non sono antitetici rispetto a quelli statali, bensì li completano e li arricchiscono, nel nome di quella diversità culturale che caratterizza anche il convegno che oggi prende il via e nel quale apprezzo molto la presenza di una sessione dedicata alla democratizzazione delle organizzazioni internazionali, a dimostrazione dell'importanza dell'argomento e della sensibilità degli studiosi verso di esso.

Con queste premesse, auguro buon lavoro ai presidenti di sessione, ai relatori e a tutti i partecipanti con l'auspicio che a questo incontro tra l'Accademia italiana e l'Accademia francese ne possano seguire altri nel prossimo futuro.

SALUTO

Lodovico PASSERIN D'ENTRÈVES*

Signor Presidente della Regione, Signora Sindaco, autorità, illustri relatori, signore e signori,

a nome della Fondazione Courmayeur Mont Blanc desidero darvi il benvenuto al Convegno internazionale "Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche".

Ringrazio l'Università della Valle d'Aosta, nella persona del professor Michele Vellano, e la Società italiana di diritto internazionale (SIDI) per la collaborazione prestata nell'organizzazione di questo evento e la Société française pour le droit international per aver contribuito alla composizione del gruppo dei relatori. Ringrazio, infine, in particolar modo, tutti i relatori che hanno accolto il nostro invito, in particolare coloro che vengono da più lontano. Senza dubbio essi costituiscono un *parterre de rois* che darà particolare significato a questa iniziativa, garantendone un'ottima riuscita.

Abbiamo accolto con piacere e interesse la proposta dell'Università della Valle d'Aosta e della SIDI di organizzare insieme questo Convegno su un tema così attuale e importante. L'opportunità di collaborare anche con la Société française pour le droit international è un ulteriore motivo di orgoglio per la nostra Fondazione.

Da sempre, la nostra realtà è attenta alla cooperazione transfrontaliera, in modo speciale da quando, nel 1994, è stato istituito l'Osservatorio permanente sul sistema montagna "Laurent Ferretti". Siamo quindi lieti di aver contribuito all'organizzazione di un incontro che si fonda anche sullo scambio di idee tra società scientifiche di due paesi confinanti come l'Italia e la Francia.

Siamo anche orgogliosi di essere al fianco dell'Università della Valle d'Aosta e della SIDI in un convegno sulle organizzazioni internazionali che si colloca in modo perfettamente coerente nel quadro delle iniziative della Fondazione Courmayeur, da sempre impegnata nell'organizzazione di eventi culturali attinenti i rapporti tra il diritto e

* Presidente del Comitato scientifico della Fondazione Courmayeur Mont Blanc.

l'economia nella prospettiva della crescente – e ormai imprescindibile – dimensione internazionale ed europea della società italiana.

È proprio da una simile prospettiva che i temi trattati nel Convegno traggono un loro significato particolare. Gli effetti che le regole decise in consessi internazionali producono negli ordinamenti nazionali sono sempre più evidenti e tangibili.

La recente crisi economico-finanziaria ha messo in luce la necessità di ripensare queste regole e i fori nei quali vengono elaborate. Ed è proprio in quest'ottica che si palesa come necessario che tutte le organizzazioni internazionali – siano esse universali o regionali – assumano un ruolo centrale nell'elaborazione di regole condivise. Esse devono costituire un luogo di dialogo e di concertazione, dove a prevalere siano gli interessi della comunità internazionale. Il dialogo e la concertazione non possono prescindere dalla partecipazione di tutti quei soggetti portatori d'interessi, siano essi Stati o no.

È quindi sentita, da parte nostra, l'esigenza di studiare il fenomeno dell'organizzazione internazionale, guardando alle esperienze attuali come punto di riferimento, ma cercando di comprendere se – e in che misura – l'evoluzione della società e la violenta crisi economica che abbiamo vissuto suggeriscano altri modelli di organizzazione giuridica.

L'augurio è che il Convegno che oggi inizia contribuisca davvero ad offrire alcune prospettive concrete con riguardo al futuro delle organizzazioni internazionali. La speranza, poi, è che questo incontro costituisca terreno fertile per lo scambio di idee e opinioni tra due scuole diverse – quella italiana e quella francese – nell'intento di identificare problemi e pensare a soluzioni comuni.

La presenza, tra i relatori e tra il pubblico, di illustri professori ed esponenti del mondo diplomatico e delle organizzazioni internazionali non può che essere un segnale benaugurante in questa direzione.

MESSAGE INTRODUCTIF

Abdou DIOUF*

Mesdames et Messieurs,

Avec la multiplication des échanges à l'échelle de la mondialisation, les organisations internationales constituent un enjeu véritable à l'origine même de leur existence. Cet enjeu d'une multilatérale forme est fondé sur les universaux de la Déclaration des droits de l'homme, nécessaires et réclamés de tous. Aujourd'hui, cette question nous est posée dans des termes abrupts. Il n'est pas abusif d'affirmer que, livrée à elle même, la mondialisation menace la souveraineté publique. Comment faire des organisations internationales un rempart contre les discriminations ? Face aux effets d'une mondialisation dérégulée, leur cadre juridique vient renforcer les activités essentielles concernant les droits de l'homme, l'état de droit et la sécurité collective. Parmi ces grands acteurs, l'Organisation internationale de la Francophonie (OIF) organise *sui generis* sa solidarité autour de la langue française et des valeurs de l'humanisme. Elle promeut la médiation des différences comme des différends, elle professe l'égalité juridique entre les Etats et milite pour la démocratisation des relations internationales. C'est ainsi que l'OIF a accordé à la Vallée d'Aoste un statut privilégié d'invité spécial au sommet de ses chefs d'Etat et de gouvernement. Au cœur de notre grand projet, la diversité culturelle postule en effet l'égale dignité de toutes les cultures et de toutes les langues. Ce n'est pas la force qui justifie l'option du multilinguisme, mais le droit.

Vous tous à qui je m'adresse aujourd'hui, décideurs d'un future proche, je vous invite à contribuer à ce dialogue de paix, d'équité, et d'ouverture. L'état de droit est la démocratie : voilà l'idéal pour lequel la jeunesse de notre temps s'est levée, impatiente de participer à la *res publica*, la chose publique. Je suis convaincu que le succès sera au rendez-vous de ce colloque. Son siège, la ville de Courmayeur, lui assure symboliquement la fonction capitale de passeur de frontière. Un grand

* Secrétaire général de l'Organisation internationale de la Francophonie (OIF) de 2003 à 2014.

moment de réflexion solidaire s'annonce. Un dialogue au moins bilingue que j'encourage avec chaleur, et pour cause. La très large majorité des États membres de l'OIF s'abreuve, comme l'Italie, aux sources du droit romain, du droit continental européen.

Je souhaite un franc succès au colloque de Courmayeur sur l'avenir des organisations internationales porteuses d'innovation, promotrices d'expertise dans le domaine du droit international. Que la langue française y fasse la démonstration de ce qu'elle est aussi: une des deux langues de travail du système des Nations Unies, vouées au service de la liberté de parole, de la recherche et de la pensée.

ALLOCUZIONE
DI APERTURA DEL CONVEGNO

Michele VELLANO*

1. Il XIX Convegno annuale della Società italiana di diritto internazionale (SIDI), intitolato "Il futuro delle organizzazioni internazionali. Prospettive giuridiche – L'avenir des organisations internationales. Perspectives juridiques", si svolge a Courmayeur grazie agli sforzi organizzativi congiunti dell'Università della Valle d'Aosta, della Fondazione Courmayeur Mont Blanc e il sostegno della Société française pour le droit international (SFDI).

La Valle d'Aosta è luogo ideale per accogliere un'occasione di dialogo tra l'Accademia italiana e l'Accademia francofona di diritto internazionale e per approfondire, per la prima volta in modo sinergico, un tema al centro dell'interesse degli studiosi di questa materia. La collocazione di Courmayeur a ridosso del confine tra l'Italia e la Francia, sotto l'imponente e suggestivo massiccio del Monte Bianco, la pratica del bilinguismo italiano e francese ma, soprattutto, l'innata e storica vocazione di questo territorio a rappresentare un luogo di dialogo, secondo l'insegnamento, tra gli altri, di Émile Chanoux e di Federico Chabod, sono le premesse ideali per la riuscita dei lavori del Convegno.

L'organizzazione dell'evento si è giovata della positiva esperienza maturata, sotto la direzione del prof. Nascimbene e del prof. Picod, nel corso di un precedente incontro dedicato ai rapporti tra l'Italia e l'Unione europea e svoltosi nel 2009, sempre grazie alla Fondazione Courmayeur Mont Blanc e con il coinvolgimento dell'Università della Valle d'Aosta. Questa volta il Convegno ha preso forma con il concorso trilatero, da un lato, della professor Stefania Bariatti, membro del Comitato scientifico della Fondazione Courmayeur Mont Blanc, dall'altro lato, della dott.ssa Beria di Argentine, vicepresidente della Fondazione Courmayeur Mont Blanc e, dall'altro ancora, del sottoscritto, in rappresentanza dell'Università della Valle d'Aosta.

L'auspicio di creare un'occasione di dialogo scientifico tra Scuole di

* Ordinario di Diritto internazionale, Università della Valle d'Aosta – Université de la Vallée d'Aoste. Vicepresidente della Società italiana di diritto internazionale (2013-2014).

diritto internazionale di così solide e risalenti tradizioni, come quella italiana e quella francese, si è immediatamente reso concreto grazie alla calorosa accoglienza al progetto che è stata accordata da subito e senza riserve, da una parte, dalla presidente della SIDI prof.ssa Maria Laura Forlati Picchio e dal segretario generale prof. Edoardo Greppi e, dall'altra parte, dal presidente della SFDI prof. Alain Pellet e dal segretario generale prof. Sebastién Touzé. Un fitto dialogo (fatto di scambi epistolari ma anche di proficui incontri a Rouen, Milano, Parigi e Lione) tra gli organizzatori del Convegno e i rappresentanti delle due Società ha progressivamente messo a punto le basi del programma scientifico fino alla sua versione finale.

Questo dialogo è stato contemporaneamente esteso, grazie all'impegno della dott.ssa Caroline Breton, del dott. Francesco Costamagna e del dott. Andrea Spagnolo, ai giovani ricercatori e ha reso possibile il primo incontro dottorale italo-francese.

Il Convegno ha ricevuto il patrocinio del Ministero degli Affari esteri e dell'Organisation Internationale de la Francophonie (OIF) a testimonianza dell'apprezzamento dello spirito dell'iniziativa e del suo prestigio scientifico. Il segretario generale dell'OIF, s.e. M. Abdou Diouf ci ha fatto l'onore di inviare un apposito video-messaggio durante il quale si è detto personalmente convinto che, anche sulla base della diversità culturale di cui gli internazionalisti non possono che essere convinti difensori, la lingua francese continuerà utilmente a facilitare la comunicazione e il dialogo tra giuristi nelle occasioni di approfondimento scientifico, così come nelle organizzazioni internazionali.

2. Le colloque de Courmayeur s'ouvre deux jours avant l'anniversaire d'un important événement historique qui a marqué le début d'un processus qui a conduit au phénomène de l'organisation internationale contemporaine. En effet, le 28 juin, il y a exactement cent ans, en 1914, l'Archiduc Ferdinand et sa femme Sophie été tués à Sarajevo par des coups de feu tirés par un jeune homme, ce qui a provoqué, comme tout le monde le sait, le début de la Première guerre mondiale. La paix qui a suivi ces terribles événements a donné lieu à la création de la Société des Nations, la première organisation à vocation universelle, avec une portée politique et généraliste, dotée d'une structure institutionnelle articulée. Ce n'est pas donc un hasard si le terme organisation internationale a été utilisé pour la première fois, dans un traité constitutif, à l'occasion de création de la Société des Nations. Sans pour cela sous-estimer les expériences de coopération stable entre États acquises avant la création de la Société des Nations (on en compte près de cin-

quante, parmi lesquelles les Commissions fluviales et les organisations à vocation technique), on peut toutefois affirmer que le phénomène de l'organisation internationale classique n'existe que depuis un seul siècle.

La nécessité de réfléchir sur la validité du modèle juridique classique d'organisation internationale généralement adopté, dans ces dernières décennies, par la communauté internationale, dans toutes ses variantes en termes d'extension et compétence (universelle, régionale, économique et financière, politique, militaire, technique et scientifique et d'autres encore), reste plus forte et d'actualité que jamais aussi dans le 2014. Il s'agit là de multiples profils, tous importants et intéressants, qui seront examinés au cours du Colloque de Courmayeur à l'occasion d'un programme très riche, pendant trois jours, que on va à illustrer.

3. La sessione inaugurale, dedicata a "Le organizzazioni internazionali universali alla prova dell'evoluzione del diritto internazionale", si terrà sotto la presidenza del prof. Alain Pellet e vedrà impegnati diversi relatori (prof. Giorgio Sacerdoti; prof. Paolo Palchetti; prof.ssa Laurence Dubin; prof.ssa Geneviève Bastid-Burdeau e prof.ssa Antonietta Di Blase) che esploreranno nuove soluzioni per rendere più efficaci le organizzazioni esistenti anche in vista di costituirne nuove, a costo di rimettere in discussione alcuni principi, considerati veri e propri dogmi giuridici, a cominciare da quello della c.d. parità formale tra Stati nella «full and equal membership» e da quello a fondamento del potere decisionale basato sul voto equivalente («the one State, one vote power structure»). Senza perdere di vista il ruolo strategico che le organizzazioni intergovernative continuano a svolgere nella comunità internazionale, ad esempio nella prevenzione e nella soluzione dei conflitti tra Stati, è indispensabile, infatti, valorizzare la loro peculiarità giuridica, partendo dal tema centrale della loro responsabilità nei confronti dei soggetti terzi e tenendo conto che centinaia di milioni di persone sopportano le conseguenze delle scelte assunte in tali contesti.

Nella prima sessione plenaria, che si svolgerà nella mattina di venerdì sotto la presidenza del prof. Sergio Marchisio con il titolo: "Sovrapposizioni ed esigenze di complementarietà nei rapporti tra le organizzazioni internazionali", terranno le loro relazioni, la prof.ssa Evelyne Lagrange, il prof. Maurizio Arcari, il prof. Pietro Pustorino e il prof. Lorenzo Gradoni. I profili esaminati e approfonditi saranno molteplici, muovendo dalla comune considerazione che la costituzione nel tempo di molte organizzazioni internazionali e la proliferazione di giurisdizioni ad esse collegate, per lo più a carattere marcatamente settoriale, hanno determinato inevitabilmente una sovrapposizione di competenze e la corri-

spondente perdita di una visione d'insieme. É indispensabile oggi trovare il modo di cambiare rotta e di individuare le corrette modalità giuridiche che consentano rapporti efficaci ed equilibrati tra le diverse organizzazioni internazionali (specialmente tra quelle che agiscono nel medesimo ambito o in ambiti affini) e combattere la tendenza, forse inevitabile, che ciascuna tra esse risponda del proprio operato ai soli Stati membri. La prassi, anche recente, dimostra che la mancanza di chiarezza nell'individuazione degli esatti ambiti di attribuzione può generare tensioni, specialmente quando il contrasto scaturisca tra organi politici delle organizzazioni internazionali e istanze giurisdizionali internazionali. La necessità di comporre il conflitto tra norme di diverse organizzazioni si manifesta, con non minore rilevanza pratica, all'interno degli ordinamenti nazionali quando i loro effetti si producono nella sfera soggettiva degli individui.

Nella seconda sessione plenaria della mattina di venerdì, sotto la presidenza del prof. Ugo Villani e intitolata "La rappresentanza democratica nelle organizzazioni internazionali: soggetti privati, società civile, assemblee parlamentari ed enti territoriali", sarà affrontata la sfida fondamentale per il prossimo futuro delle organizzazioni internazionali di aprirsi a una rappresentanza (effettiva e non solo formale) al loro interno dei soggetti privati, della società civile, delle assemblee parlamentari e persino degli enti territoriali federati o infra-nazionali (contravvenendo così a un altro dogma secolare). Si percepisce, altresì, almeno in alcuni settori specifici, l'ormai irrinunciabile necessità di aprirsi a nuove forme di cooperazione stabile alla pari tra Stati e soggetti aventi natura privata, a costo di compromettere la purezza della forma giuridica e dare corso a soluzioni ibride. I relatori (prof.ssa Susanna Cafaro, prof. Daniel Turp e prof. Antonello Tancredi) prenderanno in considerazione gli aspetti giuridici più delicati e rilevanti di detto coinvolgimento, alla ricerca di proposte innovative e originali per migliorare l'attuale situazione all'interno delle principali organizzazioni internazionali.

Nel pomeriggio di venerdì si svolgeranno contemporaneamente due sessioni parallele dedicate, rispettivamente, a "L'Unione europea come modello di organizzazione regionale in transizione" e a "Il ruolo delle organizzazioni internazionali nello sviluppo e nell'armonizzazione del diritto internazionale privato".

La sessione dedicata all'Unione europea sarà presieduta dal prof. Giuseppe Tesauro, giudice della Corte costituzionale e già avvocato generale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, e vi prenderanno la parola la prof.ssa Lucia Serena Rossi, il prof. Massimo Condinanzi, il prof. Fabien Terpan e il prof. Rostane Mehdi. L'Unione europea rappre-

senta un modello al quale guardare con estremo interesse per verificare in anticipo gli effetti, e la sostenibilità nel medio-lungo termine, di soluzioni innovative introdotte progressivamente ed eventualmente esportabili in altri contesti (pur tenendo conto delle loro specifiche peculiarità). Una sorta di laboratorio delle regole dell'organizzazione internazionale del XXI secolo che anticipa i tempi e propone soluzioni inedite (ad esempio, quella di conferire un voto differenziato ai rappresentanti degli Stati sulla base percentuale della rispettiva popolazione).

La sessione incentrata sui temi di diritto internazionale privato sarà presieduta dalla prof.ssa Stefania Bariatti, con la partecipazione del prof. Alberto Malatesta, del prof. Étienne Pataut, del prof. Sergio Maria Carbone e del prof. Walid Ben Hamida. La prospettiva assunta nell'ambito di questa sessione, nell'esaminare il tema principale del Convegno è particolarmente innovativa e originale. L'attualità del ruolo della cooperazione stabile e organizzata tra Stati si percepisce, infatti, anche per quanto riguarda lo sviluppo e l'armonizzazione del diritto internazionale privato. La Conferenza dell'Aja, l'Unidroit e l'Uncitral (comunemente dette «les trois sœurs») agiscono in relazione tra loro e con altre organizzazioni internazionali (governative e non), secondo modalità che rivestono particolare interesse anche per la novità delle soluzioni giuridiche adottate in determinati settori, a cominciare da quello degli investimenti.

La mattina di sabato, terzo giorno del Convegno, sarà dedicata a una Tavola rotonda, intitolata "Tra principio di legalità e politica internazionale: ripensare il sistema delle Nazioni Unite", espressamente incentrata sull'organizzazione internazionale universale per eccellenza, vale a dire le Nazioni Unite, e con l'intento di individuare le tendenze più marcatamente evolutive del diritto dell'organizzazione internazionale, allo scopo di mettere in luce i futuri scenari e contribuire a proporre soluzioni giuridiche avanzate. Con riferimento proprio a questa organizzazione si percepisce infatti, con ancora maggiore evidenza che nelle altre, la sempre latente e irrisolta tensione tra politica e diritto. La comprensione dei motivi di questa tensione presuppone l'ascolto di chi agisce, da protagonista, a stretto contatto tanto con l'elaborazione teorica, propria dell'accademia, quanto con le concrete esigenze del mondo reale. Per questo motivo sono stati invitati a prendere parte alla Tavola rotonda, accanto a illustri accademici, anche personalità impegnate direttamente nelle organizzazioni internazionali. Sotto la presidenza del prof. Fausto Pocar, giudice d'appello e già presidente del Tribunale internazionale per i crimini nell'ex-Jugoslavia e la relazione introduttiva del prof. Jean Paul Jacqué, prenderanno la parola Pascal Lamy, presidente onorario di Notre Europe – Institut Jacques Delors e già direttore dell'OMC, Alain Le Roy, amba-

sciatore di Francia in Italia e già sottosegretario generale delle Nazioni Unite, incaricato delle operazioni per il mantenimento della pace e il prof. Giuseppe Nesi, già consigliere giuridico del presidente dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite. Nicola Bonucci, direttore degli affari giuridici dell'OCSE, ci ha mandato un video-messaggio. Il dibattito tra i partecipanti alla Tavola rotonda non potrà che essere estremamente ricco, potendo giovarsi della straordinaria esperienza internazionale dei suoi partecipanti che hanno ricoperto cariche strategiche in diverse organizzazioni internazionali o organi di giustizia internazionale. Accanto a temi classici, come quello della riforma istituzionale delle Nazioni Unite, saranno affrontati argomenti meno noti, ma altrettanto fondamentali per il futuro dell'umanità, come quello del ripensamento del mantenimento della pace, in particolare delle modalità di ricorso alle forze di interposizione messe a disposizione delle Nazioni Unite da parte degli Stati membri (c.d. caschi blu).

A fine mattina, la prof.ssa Laurence Boisson de Chazournes, presidente della European Society of International Law (ESIL-SEDI), trarrà le conclusioni generali del Convegno, portando a sintesi i più importanti contributi scientifici emersi dalle diverse sessioni tenutesi nell'arco dei tre giorni.

Il Convegno può contare su presupposti e premesse solide e originali per il suo successo. Dal punto di vista metodologico, è stata adottata l'innovativa formula di mettere a confronto contemporaneamente l'approccio scientifico degli accademici italiani e francofoni su un medesimo tema o su temi tra loro collegati, garantendo una presenza equilibrata degli uni e degli altri nell'ambito di ciascuna sessione e favorendo la discussione e il confronto scientifico con la tranquillità di potere rinviare alle relazioni scritte destinate alla pubblicazione, presso l'Editoriale Scientifica, nell'apposita collana che ospita gli Atti dei Convegni annuali della SIDI.

Individuare adeguate risposte ad argomenti così complessi e vari, come quelli in programma durante i tre giorni del Convegno, non è, comunque, semplice.

4. In un recente articolo di Andrew Guzman, intitolato "International Organizations and the Frankenstein Problem", l'Autore, traendo ispirazione dal noto racconto di Mary Shelley, svolge un suggestivo parallelo tra il dr. Frankenstein che, per sconfiggere la morte, crea un mostro che si rivolterà contro il suo creatore e gli Stati che, per risolvere problemi comuni, danno vita alle organizzazioni internazionali, finendo nel tempo per rimanerne ostaggi.

Gli Stati, talvolta in modo manifestamente contraddittorio, vivono effettivamente una sindrome irrisolta, basata sulle opposte e difficilmente conciliabili tensioni di dare seguito all'esigenza di delegare la soluzione di problemi sempre più complessi e globali a un soggetto terzo e l'insopprimibile desiderio di conservare l'ultima parola o, comunque, la riserva di potersi affrancare dalla "creatura" che hanno generato.

Nel corso del secolo appena trascorso ragguardevoli miglioramenti sono stati compiuti in termini di accresciuto benessere economico e di aspettativa di durata e condizioni di vita degli individui e di considerevole riduzione di eventi bellici, almeno tra Stati. Ciò è avvenuto, come si è accennato in precedenza, anche grazie al progressivo ridimensionamento, ma non superamento, del sistema Westphaliano, in particolare all'indomani dei due conflitti mondiali, a beneficio della cooperazione tramite le organizzazioni internazionali. Sebbene resti ancora molto da fare, non c'é dubbio che si debba proseguire in tale direzione, avviando, al più presto, una sorta di *New Deal* per le organizzazioni internazionali. Questo potrebbe essere l'avvenire a cui stiamo andando incontro.

Ai giuristi spetta l'impegnativo compito di individuare e via via proporre le modalità più efficaci per comporre le tensioni latenti e contingenti, così da produrre l'auspicato effetto di portare beneficio non solo agli individui in generale ma anche all'ambiente che li ospita. La vera sfida sta nel realizzare questo continuo processo di cambiamento senza la necessità di dovere attendere di agire in conseguenza di eventi traumatici, come avvenuto in occasione della Prima guerra mondiale, ma anzi con il preciso scopo di prevenirli (come in occasione della crisi in Ucraina). Ciò può avvenire facilitando il dialogo tra gli Stati, rafforzando la loro cooperazione stabile in modo da esaltare ciò che li unisce e ridimensionare ciò che ancora li divide.

In fondo, lo scopo ultimo del fenomeno dell'organizzazione internazionale, come appresi per la prima volta dall'insegnamento del Prof. Andrea Comba nelle aule dell'Università di Torino, è esattamente questo. Finalità ben note ai giovani studiosi Andrea Spagnolo, Francesca Varvello, Stefano Saluzzo e Alberto Miglio che hanno generosamente e efficacemente collaborato alla realizzazione di questo Convegno e a cui rivolgo individualmente un caloroso e riconoscente ringraziamento.

SESSIONE INAUGURALE

LE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI UNIVERSALI ALLA PROVA DELL'EVOLUZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Presidenza

A. PELLET

IL RUOLO DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI NELLA SOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE

Giorgio SACERDOTI*

SOMMARIO: 1. Introduzione: soluzione delle controversie e organizzazioni internazionali. – 2. Controversie internazionali e obbligo di risoluzione pacifica. – 3. Il ruolo delle Nazioni Unite. – 4. In particolare il ruolo del Segretario generale. – 5. Le organizzazioni regionali. – 6. Due modelli agli antipodi di soluzione nell'ambito di organizzazioni internazionali: (a) il caso dell'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa. – 7. *Segue*: (b) il caso dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

1. Introduzione: soluzione delle controversie e organizzazioni internazionali

Il collegamento tra i due profili del tema qui affrontato è attualmente naturale per qualunque osservatore delle relazioni internazionali, specie dal punto di vista giuridico e istituzionale. Tale collegamento non è peraltro esistito da sempre, né è logicamente inderogabile. Gran parte delle controversie, che non siano puramente latenti, vengono direttamente risolte amichevolmente tra gli Stati interessati; in particolare quelle giuridiche mediante procedure arbitrali o giudiziali, facilitate dall'esistenza di clausole compromissorie in trattati che consentono l'introduzione del giudizio in via unilaterale[1].

Non si può che muovere infatti, in una prospettiva storica, dalla considerazione che l'obbligo di soluzione pacifica come corollario del divieto di ricorso alla forza nelle relazioni internazionali è un assioma, un principio ormai consuetudinario, anzi cogente[2], che si è sviluppato solo con difficoltà attraverso un percorso accidentato nella prassi e che tuttora

* Professore Senior, Università L. Bocconi, Milano.

[1] La definizione di controversia resta fondamentalmente quella della CPGI nel caso *Mavrommatis*, sentenza n. 2 del 30.8.1924, in *Recueil*, serie A, n. 2, p. 11: «un disaccordo su di un punto di diritto o di fatto, un contrasto, un'opposizione di tesi giuridiche o di interessi tra due soggetti».

[2] CIG, *Nicaragua c. Stati Uniti*, 1986, Merito, par. 290; A. PELLET, *Peaceful Settlement of Disputes*, in *MPEPIL*, on line, 2013.

nei fatti non è universalmente rispettato. Si tratta del risultato di una vera e propria rottura, anche se raggiunto solo progressivamente, rispetto all'assetto tradizionale delle relazioni internazionali che ammetteva la forza, anche bellica, per dirimere contrasti tra le società e i gruppi umani[3].

Questa evoluzione si è sviluppata parallelamente alla progressiva organizzazione della comunità internazionale con la creazione di organizzazioni tra Stati, volte non tanto a dirimere le controversie ma prima di tutto a rafforzarne la collaborazione per la cura d'interessi comuni o di tipo collettivo, tramite il conferimento alle stesse di competenze tali da limitare l'esercizio unilaterale della sovranità dei singoli Stati. In questa evoluzione il ruolo delle organizzazioni nella risoluzione delle controversie rimane per così dire fluido, indeterminato, suscettibile di svolgersi nelle forme più varie, spesso non formali.

Storicamente, la formalizzazione di procedure per la soluzione pacifica, inizialmente solo facoltative nel loro esperimento, si è concretizzato in meccanismi che prescindevano, come in parte tuttora avviene, da una loro gestione istituzionale da parte di questa o quella organizzazione. L'esperimento di tali procedure era ed è piuttosto affidato all'accordo diretto tra i contendenti o alla predisposizione di enti burocratici (segretariati) con competenze limitate ad assicurare il quadro istituzionale in cui tali procedure possano esperirsi con maggiore facilità. Fu questo il modello della Corte Permanente d'Arbitrato, il primo siffatto ente istituito a seguito delle Conferenze dell'Aja a cavallo tra il XIX e il XX secolo.

Tuttora, anche dove determinate organizzazioni internazionali annoverano tra i loro compiti la soluzione delle controversie tra i membri, o la contemplano addirittura a prescindere dalla appartenenza dei contendenti all'organizzazione stessa, il ricorso a questa loro funzione è rimessa alla volontà degli Stati parti della controversia, rispetto ai quali le organizzazioni, o più spesso i loro membri, possono rivolgere solo inviti e svolgere un ruolo di accompagnamento o di pressione. L'obbligatorietà del ricorso ad un sistema di soluzione predisposto dall'organizzazione per le controversie relative all'applicazione delle sue regole è raro: a livello

[3] Come non citare in proposito l'affermazione, così "*forward looking*" sui suoi tempi, contenuto nel celebre, inascoltato discorso di Papa Benedetto XV del 1° agosto 1917 sulla "inutile strage": «E primieramente, il punto fondamentale deve essere che sottentri alla forza materiale delle armi la forza del diritto…e, in sostituzione delle armi, l'istituto dell'arbitrato con la sua alta funzione pacificatrice, secondo norme da concertare e la sanzione da convenire contro lo Stato che ricusasse o di sottoporre le questioni internazionali all'arbitrato o di accettarne la decisione».

multilaterale esiste compiutamente solo nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale del Commercio (OMC/WTO). Anche qui, peraltro, l'Organizzazione svolge prevalentemente funzioni di quadro rispetto alla gestione della lite, rimessa agli Stati in contesa.

Una trattazione generale ed introduttiva, quale la presente, deve quindi necessariamente dar conto di una varietà di ruoli in cui le organizzazioni esplicano la loro funzione in materia.

2. Controversie internazionali e obbligo di risoluzione pacifica

La Carta dell'ONU, nel sancire l'obbligo generale per gli Stati di risolvere le controversie internazionali ricorrendo alla varietà tradizionale delle procedure tipiche elencate all'art. 33, tra cui, genericamente, il ricorso alle organizzazioni internazionali, si preoccupa essenzialmente di quelle suscettibili di mettere in pericolo la pace e la sicurezza internazionale, lascia un ampio spazio alla libertà degli Stati. L'obbligo di soluzione pacifica si estende anche a quelle non suscettibili di minacciare la pace e la sicurezza internazionale. L'interesse di evitare o prevenire le controversie e di risolverle quando insorgano, va ben al di là di quelle più gravi, suscettibili di sfociare in un conflitto, e quindi legittima quel ruolo ampio e indefinito per le organizzazioni che additavo più sopra. La funzione di favorire la cooperazione tra Stati in ambiti definiti di loro competenza, che si rinviene in molti dei loro strumenti istitutivi, sottolinea anzi il ruolo delle organizzazioni regionali e di quelle specializzate nel favorire la soluzione delle controversie che possano insorgere tra i loro membri. La conflittualità tra questi è infatti agli antipodi di quella fattiva cooperazione tra i loro membri nel perseguire gli scopi dell'organizzazione che è tra le ragioni della loro istituzione.

L'obbligo di soluzione pacifica riguarda peraltro anche controversie non internazionali, specie se possano mettere in pericolo la pace[4]. È questo uno sviluppo importante che accompagna necessariamente l'espandersi del concetto di "minaccia alla pace", in relazione a conflitti interni, crisi umanitarie, violazioni diffuse dei diritti umani, che caratterizza la nostra epoca della "globalizzazione".

In questa ottica sfumano anche i confini tra controversie e nozioni affini. Non a caso la Carta dell'ONU usa una terminologia variegata, menzionando anche "*situazioni"* che mettono in pericolo la pace agli art. 1.1, 34, 35.1, 36.1 e prevedendo che l'ONU possa o debba "intervenire"

[4] A. PELLET, *op. cit.*, par. 26.

in casi di *conflitti* e di *crisi*. Quale la rilevanza di queste distinzioni? *Situazioni*: sono comprensive di conflitti o sviluppi politici interni (conflitti civili, repressioni, violazioni massicce di diritti umani, profughi, rifugiati) o di controversie latenti[5]. *Conflitti*: sono quelli prevalentemente armati, derivanti o no da controversie, come è il caso degli atti di aggressione, rispetto ai quali la esistenza di una controversia diventa al limite irrilevante. *Crisi:* sono caratterizzate normalmente da risvolti politici e militari di portata internazionale che indicano la gravità e l'estensione, almeno potenziale, di siffatti situazioni e conflitti.

In ogni caso, se si eccede l'ambito bilaterale e/o se vi è un rischio di minaccia alla pace e di ricorso alla forza si giunge ad un ruolo non solo per specifiche organizzazioni ma alla responsabilizzazione della Comunità internazionale nel suo complesso. Di qui il ricorso a diversi concetti, che includono un ruolo imprescindibile dell'ONU e delle organizzazioni regionali per prevenire le sottostanti controversie[6], contrastare la minaccia e l'uso della forza e assicurare il mantenimento e ristabilimento della pace. Si sono così elaborati concetti quale la gestione delle crisi, *peace keeping, peace maintenance, peace enforcement,* cioè strumenti della sicurezza collettiva, soprattutto dopo la fine dei blocchi che assicuravano politicamente una certa stabilità a livello globale.

Normativamente, si deve prendere in considerazione lo "scollamento", tipico della società internazionale, tra diritto sostanziale ed esperimento delle procedure per la soluzione delle controversie, sancito dall'obbligatorietà di ricercare ma non di raggiungere una soluzione. Risalta anche la divaricazione tra obbligatorietà delle ricerca di una soluzione e libertà dei metodi, basati sulla consensualità, il che implica l'assenza di obbligo di deferire la controversia ad una procedura determinata, comporti essa o no la definizione della controversia medesima.

Fuori da contesti solidali, quali l'ambito dell'Unione Europea o regimi altamente specializzati, quali quello del commercio internazionale, la prassi è conseguentemente a favore di metodi non obbligatori e ad esito non vincolante. Contro la formalizzazione dell'obbligo e delle procedure militano oggi anche la fine dell'esclusiva gestione dei contrasti ad

[5] Per la svalutazione della distinzione tra controversie e situazioni, nel senso che il contrasto tra una pretesa e l'opposizione alla stessa, tipica delle controversie, debba sussistere anche per le "situazioni", v. B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite,* 9° ed., Padova, 2012, p. 205, dove si dà atto che per la maggior parte della dottrina la differenza è piuttosto nel carattere più generale delle "situazioni", che possono prescindere anche dalla sussistenza di una vera e propria controversia.

[6] Cfr. UNGA Res. 43/51, *Declaration on the Prevention and Removal of Disputes and Situations which may threaten International Peace and Security and on the Role of the UN in this Field"* (1988).

opera del potere esecutivo, con l'irrompere delle opinioni pubbliche, dei parlamenti, dei media. Le istanze di cui questi sono portatori, quali la pubblicità e la trasparenza, rendono d'altro canto difficile quella segretezza e confidenzialità propri dei metodi diplomatici e diretti.[7]

Nella società internazionale contemporanea l'obbligo della soluzione pacifica delle controversie e i vari metodi vanno inquadrati nell'esigenza di perseguire, anche in via preventiva, la sicurezza internazionale, rispetto a cui le organizzazioni internazionali hanno un ruolo essenziale[8]. Tale impegno, assai più generale e di dimensioni primariamente politiche, si è manifestato da ultimo nel quadro dell'ONU in iniziative di diversa valenza, di riflessione, elaborazione di testi non vincolanti e nuove forme di cooperazione quali l'*Agenda for Peace* (1992), il rapporto *A More Secure World* (2004), il *World Summit* 2005 e l'articolazione della *Responsibility to Protect* (2009). Tali iniziative sono caratterizzate dall'attenzione alle cause interne, politiche, sociali ed economiche delle crisi e dei conflitti ed evidenziano il superamento del limite della *domestic jurisdiction* in chiave di cooperazione internazionale. Da ultimo resta naturalmente, con funzione di garanzia di ultima istanza, la responsabilità del Consiglio di sicurezza tramite gli interventi coercitivi (*enforcement*) nell'interesse collettivo in base al capo VII. Strumento tanto più dirompente quanto difficile da mettere utilmente in atto.

Va a questo punto ricordata la distinzione tra i tipi di controversie, in particolare tra politiche e giuridiche, elaborata soprattutto dalla dottrina. I criteri di differenziazione rilevano come noto soprattutto ai fini della scelta preferenziale del metodo di soluzione di tipo giudiziario come indicato dall'art. 36.3 della Carta ONU[9]. L'importanza della qualificazione di una controversia come giuridica risalta ai fini della sottoposizione della controversia ad organi di giustizia internazionale, che risolvono la controversia sulla base del diritto, applicando i principi tipici del contenzioso e della giurisdizione in senso proprio (*third party adjudication)*, sia quanto alla imparzialità e indipendenza dell'organo giudicante che quanto allo svolgimento della procedura (*due process)*. Non va trascurato il valore generale che ha una procedura trasparente, o addirittura

[7] Per l'evoluzione del contesto geo-politico v. M. NAIM, *La fine del potere*, Milano 2013, p. 213 ss.

[8] Cfr. J. MOOLAKATTU, *Conflict Prevention*, in *MPEPIL*, on line, 2007.

[9] «Nel fare raccomandazioni a norma di questo articolo il Consiglio di sicurezza deve inoltre tener presente che le controversie giuridiche dovrebbero, di regola generale, essere deferite dalle parti alla Corte Internazionale di Giustizia in conformità alle disposizioni dello Statuto della Corte». Sulla distinzione v. per tutti U. VILLANI, *Controversie internazionali*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, 1989, pp. 150-152.

pubblica: è importante non solo che giustizia sia fatta ma anche che il pubblico, gli interessati e contro-interessati possano verificare che essa sia fatta, magari con la possibilità di partecipare quali *amici curiae.* Ancor più rileva la funzione di consolidamento del diritto internazionale che la giurisprudenza svolge attraverso il ruolo di precedente, seppure non vincolante, che le sentenze internazionali rivestono[10].

Nell'evoluzione della prassi volta a favorire in ogni modo la soluzione delle controversie in modo pacifico si assiste peraltro a due fenomeni che a prima vista appaiono contradditori. Da un lato il tradizionale metodo diplomatico, su base confidenziale e informale, si arricchisce con il ricorso a soggetti terzi: non solamente i buoni uffici di Stati terzi, ma anche col ricorso appunto alle organizzazioni, tramite "l'intervento" dei loro organi, soprattutto di quelli esecutivi come il Segretario generale dell'ONU.

Diventa così sempre più importante il loro ruolo, sotto forma di buoni uffici o conciliazione, per avvicinare le posizioni delle parti, ridurre le tensioni e propiziare, metodologicamente, soluzioni, rimesse in definitiva alle parti stesse che contemperino le posizioni di partenza e i vari interessi, spesso diversificati anche all'interno di ciascun contendente[11].

Dall'altro lato, si assiste ad una "procedimentalizzazione" dei metodi diversi dalla *third party adjudication* per favorire la preferenza che gli Stati spesso esprimono per procedure non vincolanti e non obbligatorie quanto al risultato, diverse quindi dai metodi giurisdizionali caratterizzati dall'obbligatorietà della sentenza, ma che pur sempre presentino garanzie di *due process* nel loro svolgimento. È questo il caso della conciliazione, per cui vengono predisposti regolamenti che consentano il ricorso ad essa in un quadro predeterminato, con un ruolo istituzionale viene affidato all'organismo che li predispone e vi sovraintende[12].

Queste procedure si aggiungono a quelle arbitrali e giudiziarie, e sono spesso esperite addirittura insieme. Infatti è riconosciuta la compatibilità del ricorso a diversi metodi non solo in sequenza ma anche in parallelo. Il ricorso a tribunali internazionali non esclude il perseguimento allo stesso tempo di una soluzione attraverso metodi informali[13].

[10] Per riferimenti recenti v. il nostro contributo *Precedent in the Settlement of International Economic Disputes: the WTO and the Investment Arbitration Models,* in A. ROVINE (ed.), *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation*, The Fordham Papers 2010, L'Aja, 2011, p. 225 ss.

[11] Sottolinea positivamente questo modo di operare delle organizzazioni J.G. MERRILLS, *International Dispute Settlement*, Cambridge, 1998, p. 283 ss.

[12] V. in generale U. VILLANI, *Conciliazione internazionale,* in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, I, Torino, 1989, 301 ss.

[13] Su tale "cumulo" v. da ultimo U. VILLANI, *La funzione giudiziaria nell'ordinamento internazionale e la sua incidenza sul diritto sostanziale*, in *La Comunità In-*

3. *Il ruolo delle Nazioni Unite*

La materia è troppo nota per giustificare in questa sede una trattazione approfondita; basterà quindi richiamare i capisaldi della disciplina e soffermarsi sul ruolo dell'ONU come tale. In materia la Carta evidenzia un "crescendo" di responsabilità, ruoli, obblighi e prerogative soprattutto del Consiglio di sicurezza in corrispondenza alla gravità della crisi che una controversia è suscettibile di generare.

Rilevano ai nostri fini soprattutto le funzioni che il Consiglio può esercitare in base al capo VI, relativo espressamente alla soluzione pacifica della controversie. L'esercizio dei poteri di cui al capo VII in tema di minaccia alla pace prescinde invece dall'esistenza di una controversia in senso tecnico tra due o più Stati. Anzi, mentre nell'ambito del capo VI il ruolo del Consiglio si esplica essenzialmente nello stimolare le parti interessate a risolvere la *loro* controversia, con un ruolo essenzialmente conciliativo, l'intervento del Consiglio ex capo VII non solo prescinde dalla cooperazione degli Stati, ma può ben essere diretta contro uno o più Stati. Un'altra differenza, in conseguenza, è quella relativa agli strumenti cui il Consiglio può ricorrere: la raccomandazione non vincolante ex capo VI; anche decisioni vincolanti per i destinatari, incluse ove del caso l'emanazione di sanzioni, e risoluzioni operative ex capo VII. Come noto peraltro, la distinzione tra l'operato del Consiglio in base al capo VI e al capo VII è sfumata, considerata la natura politica dell'attività del Consiglio, anche se il richiamo esplicito all'uno o all'altro capo nelle risoluzioni adottate, quando ivi specificato, costituisce un'importante guida per l'osservatore e l'interprete.

È opportuno quindi partire dall'art. 33 con cui si apre il capo VI, che pone a carico degli Stati parti di una controversia, la cui continuazione sia suscettibile di mettere in pericolo il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, l'obbligo di perseguirne la soluzione con i vari mezzi che l'ordinamento e la prassi mettono a disposizione (negoziati, inchiesta, mediazione, conciliazione, arbitrato, regolamento giudiziale, ricorso a organizzazioni o accordi regionali, od altri mezzi pacifici di loro scelta). L'intervento del Consiglio è qui solo eventuale, «ove lo ritenga necessario» e limitato a «invitare le parti a regolare la loro controversia mediante tali mezzi»[14].

ternazionale, 2014, p. 7 ss.; così anche J.G. MERRILLS, *International Dispute Settlement*, cit., p. 234 ss.

[14] Nel senso che la qualificazione di «suscettibile di mettere in pericolo…» equivalga a richiedere che la controversia presenti una certa gravità in relazione vuoi alla mate-

Dato che ci focalizziamo qui sul ruolo dell'ONU, rilevano anche le modalità per l'attivazione dei suoi organi. Secondo l'art. 35 gli Stati possono sottoporre vuoi all'attenzione del Consiglio di sicurezza vuoi all'Assemblea generale qualsiasi controversia o situazione di cui all'art. 34, cioè tale «che possa portare ad un attrito internazionale o dar luogo ad una controversia» suscettibile di mettere in pericolo la pace o al sicurezza internazionale. Diversamente, l'art. 37 prevede un obbligo per le parti di una controversia di cui all'art. 33, che esse non siano riuscite a regolare con i mezzi ivi previsti, di deferirla al Consiglio. Ai sensi dell'art. 38, invece, il Consiglio può fare raccomandazioni per una soluzione pacifica di una controversia (anche non pericolosa per la pace) quando tutte le parti lo richiedono.

Sempre seguendo la "gradazione" del ruolo del Consiglio, che traspare nelle varie ipotesi formulate nei successivi articoli ricompresi nel capo VI, tutti peraltro inerenti ad una funzione conciliativa del Consiglio che si estrinseca in raccomandazioni non vincolanti, l'art. 36 prevede che esso indichi specifici mezzi idonei a risolvere la controversia («recommend appropriate procedures or methods of adjustment»). Ai sensi della disposizione introduttiva dell'art. 33.2, l'invito che il Consiglio può rivolgere alle parti è genericamente di regolare la loro controversia con i mezzi di cui all'art. 33.1. Il Consiglio ha posto spesso in essere procedimenti ritenuti atti a facilitare la riduzione delle tensioni e ad avviare sperabilmente a soluzione la controversia, in particolare tramite la costituzione di organi ad hoc, quali commissioni di tregua, d'inchiesta, di sorveglianza o incaricando il Segretario generale di specifici compiti.

Al termine di questa breve carrellata bisogna comunque sottolineare, come già evidenziato dalla più attenta dottrina, che la prassi del Consiglio non presenta quelle distinzioni fin troppo sottili che si possono dedurre dalla diversa terminologia usata negli articoli in esame. Il Consiglio ha liberamente svolto la sua funzione conciliativa, adottando i metodi non vincolanti ritenuti più idonei, con ricorso ad una varietà di procedure, «senza andare incontro a significative opposizioni di natura procedurale da parte degli Stati interessati»[15] .

A questa flessibilità metodologica non corrisponde peraltro un maggiore efficacia del Consiglio di sicurezza nel risolvere i problemi, le questioni, le situazioni e più specificatamente le controversie di cui è investito. Questo dipende inoltre dall'evoluzione dell'assetto delle relazioni

ria del contendere vuoi sul modo in cui si atteggiano gli Stati, salvo sempre al Consiglio il giudizio finale, v. B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *op. cit.*, pp. 206-207.

[15] Così B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *op. cit.*, p. 213.

internazionali e nei rapporti di potenza che si sono sviluppati nel corso dei decenni da quando le Nazioni Unite hanno preso ad operare, un tema questo che eccede di molto la nostra indagine.

Come è stato notato, molte controversie non vengono portate neppure all'attenzione dell'ONU per sfiducia nelle capacità dell'organizzazione, per realismo politico quando siano implicate grandi potenze o quando ineriscano a rapporti diseguali nell'ambito di zone di influenze o relazioni "egemoniche"[16]. Questo stesso contesto geopolitico d'altra parte è il quadro in cui le controversie di maggior portata si evolvono, anche se l'organizzazione non le risolve, e in definitiva condiziona anche gli Stati più riottosi[17].

4. *In particolare il ruolo del Segretario generale*

La trattazione sul ruolo dell'ONU non sarebbe completa se non prendesse in considerazione anche il ruolo del Segretario generale in materia. A differenza degli organi politici, Assemblea generale e Consiglio di sicurezza, che agiscono pubblicamente sulla base di procedure e risoluzioni formali, tipica del Segretario generale è la "quiet diplomacy" che è particolarmente adatta ad affrontare questioni delicate, dove alta è la tensione tra le parti ed è necessario anzitutto creare dei canali di comunicazione con modalità riservate se non segrete. Numerosi sono gli esempi di questa attività dei segretari generali, anche riguardo a crisi altamente esplosive, dove già si è ricorso alla forza o suscettibili di sfociare in conflitti generalizzati. Le modalità di svolgimento della sua attività, diretta o tramite rappresentanti ad hoc, assume forme variegate, che fanno leva principalmente sulla sua posizione di indipendenza e sulla fiducia che la sua persona trasmette. Nell'ambito delle categorie tipiche si può fare rientrare questa attività in quella dei buoni uffici. A volte la sua opera è propedeutica ad ulteriori interventi degli organi politici, oppure al ricorso alla sede giudiziaria[18]. Altre volte lo stesso Segretario generale è attore di procedure formali, come le inchieste, oppure ha svolto egli stesso il ruo-

[16] Cfr. al riguardo, proprio in una trattazione specialistica sulla soluzione delle controversie, J.G. MERRILLS, *op. cit.*, pp. 252-254.

[17] Per la crisi tra Russia e Ucraina v. la risoluzione UNGA 68/262 del 27.3.2014 sulla integrità territoriale dell'Ucraina e, per un'analisi critica dettagliata, E. SCISO*, La crisi ucraina e l'intervento russo: profili di diritto internazionale,* in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 992 ss.

[18] Così per convincere Libia e Malta a portare alla CIG la loro disputa sulle frontiere marittime nel 1985.

lo di mediatore o addirittura di arbitro[19]. Tra le numerose vertenze o crisi in cui i segretari generali hanno esplicato questa funzione, con successo o meno, si possono ricordare quelle dell'inchiesta per determinare il futuro del Bahrein tra Regno Unito e Iran, delle prime fasi della crisi degli ostaggi americani a Teheran, del ritiro delle forze dell'URSS in Afganistan, tra India e Pakistan per la crisi del Kashmir, nella guerra tra Iran e Iraq[20].

Quanto alla base formale della sua competenza, essa può rinvenirsi o nell'art. 98 della Carta, quando egli sia stato delegato dagli organi politici, o nell'art. 99 che configura un suo ruolo autonomo che va oltre ai poteri impliciti nella sua posizione di «più alto funzionario amministrativo dell'organizzazione» di cui all'art. 96[21]. Nella prassi, quando non vi sia la delega di cui sopra, il Segretario generale agisce per lo più su richiesta delle parti, ma questa può essere anche non formale; spesso egli appare agire di iniziativa propria, ma col consenso delle parti direttamente coinvolte, qualche volta persino suscitando le riserve dei membri del Consiglio di sicurezza[22].

Ciò non significa che la sua attività di buoni uffici e di conciliazione sia necessariamente coronata di successo, anche se è difficile definire il termine "successo" al riguardo. L'avere evitato l'inasprirsi di una crisi, la cui risoluzione in tempi più lunghi sarà frutto di altri sforzi e canali, può già essere definito tale sul piano delle relazioni internazionali. Il Segretario generale esplica qui una funzione politica, discrezionale nella sua conduzione, essenzialmente quella di facilitatore autorevole. Così si evitano strumentalizzazioni e ingerenze da parte di Potenze, portatrici di interessi propri anche quando si propongono e agiscono come mediatori. Dall'altra parte egli manca proprio di quel peso politico che a volte è indispensabile per trovare o addirittura "imporre" una soluzione[23].

In conclusione, il rapporto tra gestione puramente bilaterale delle controversie e "intervento" delle organizzazioni internazionali è materia

[19] Il Segretario generale ha agito come arbitro tra Francia e Nuova Zelanda nel caso del *Rainbow Warrior* (1986), testo in www.iilj.org.

[20] Cfr. J.G. MERRILLS, *op. cit.*, p. 226 ss.

[21] Il richiamo all'art. 99 è generalmente accolto (cfr. anche la risoluzione 2171/2014 del Consiglio di sicurezza di cui infra). Per una critica v. peraltro B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *op. cit.*, p. 341, secondo i quali l'art. 99 si occupa solo della questione procedurale della facoltà del Segretario generale di convocare il Consiglio, mentre tali iniziative "debbano collocarsi fuori dal quadro istituzionale delle Nazioni Unite"

[22] Cfr. B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *op. cit.*, p. 342.

[23] Tipico il caso della crisi della ex-Iugoslavia con gli accordi di Dayton (1995), raggiunti grazie al ruolo deciso degli Stati Uniti, pur tenuto conto del ruolo del Consiglio di sicurezza specie con l'istituzione del Tribunale penale internazionale.

complessa; la prassi non riflette le distinzioni formali di cui alle disposizioni del capo VI della Carta, attente a distinguere quanto è di competenza dei singoli Stati e quanto è di spettanza del Consiglio di sicurezza nel suo ruolo di tutore di ultima istanza della pace e della sicurezza internazionale. L'opera posta in atto dal Segretario generale mette soprattutto in luce l'essenzialità del ruolo dell'ONU, e in potenza delle altre organizzazioni nell'ambito delle loro competenze, quanto meno per facilitare la soluzione delle controversie, specie quando le parti neppure "si parlano": in questo senso si raggiungono soluzioni ai conflitti non solo "tramite" ma anche "ad opera" di organizzazioni internazionali.

L'impostazione che l'ONU persegue al fine di svolgere un ruolo efficace nella prevenzione e gestione dei conflitti e della soluzione delle controversie deve integrare i vari metodi, come è stato sottolineato dalla recente risoluzione del Consiglio di sicurezza 2171 del 21 agosto 2014 "sul ruolo delle Nazioni Unite e in particolare del Consiglio di sicurezza nella prevenzione dei conflitti armati", sulla base del rapporto del Segretario generale "Preventive Diplomacy: Delivering Result" (S/2011/552). Ai nostri fini è interessante notare come la risoluzione, insista sul ruolo della prevenzione in senso molto anticipato e allargato. Si afferma l'importanza «of early awareness and consideration of situations which may deteriorate into armed conflicts*»,* accentuando proprio il ruolo autonomo del Segretario generale. Si sottolinea infatti «the essential role of the Secretary-General in the prevention of armed conflict, including through early warning», come pure «the importance of the Secretary-General efforts to enhance his role, in accordance with Article 99 of the Charter».

Significativo è il testo della risoluzione dove si lamenta che «some of the tools in Chapter VI of the Charter of the United Nations, which can be used for conflict prevention, have not been fully utilized, including negotiation, enquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement and resort to regional and subregional organizations and arrangements, *as well as the good offices of the Secretary-General*[24], and *stresses* its determination to make and call for the greater and more effective use of them».

[24] Nostro corsivo per sottolineare l'indicazione di questo strumento non elencato, diversamente dai precedenti, nell'art. 33.

5. Le organizzazioni regionali[25]

Il ruolo che la Carta dell'ONU riconosce alle organizzazioni regionali per la soluzione delle controversie è diventato nella pratica più importante con la fine della "guerra fredda". Durante quegli anni, infatti, l'equilibrio e la deterrenza tra le due superpotenze impedivano che contrasti locali esplodessero in conflitti globali grazie appunto al loro "intervento".[26] All'interno di ogni area egemonica, specie quella dell'URSS, i conflitti se mai esplodevano, per cause generalmente interne (aspirazione dei popoli all'autodeterminazione e a godere dei diritti umani fondamentali civili e politici), venivano tenuti sotto controllo o più precisamente repressi dalla potenza egemonica. Nel contesto attuale, multipolare, gli Stati estranei ad una determinata area rifuggono dal farsi invischiare nei conflitti puramente locali, anche se pericolosi in quest'ambito per la stabilità degli Stati della regione coinvolti e i diritti umani. L'Africa subsahariana ne è un notevole esempio. Cresce quindi l'esercizio di competenza da parte delle organizzazioni regionali, spesso direttamente delegate o responsabilizzate dal Consiglio di sicurezza.

Da sempre peraltro l'esercizio di queste competenze non è stato privo di problemi. Anzitutto lo schema delineato nella Carta agli articoli 52-54 ha dato luogo a ricorrenti dubbi in sede interpretativa e attuativa.

Questi riguardano anzitutto le definizioni di cui all'art. 52.1: anzitutto la natura delle organizzazioni, indicate sia come *arrangements* (in francese peraltro "accords") che *organisations*; in secondo luogo l'ambito di azione e i requisiti per la partecipazione dei membri. Il regionalismo può intendersi sia come regionalismo geografico che in chiave di auto-elezione, basata, come spesso avviene per esigenze di coesione, da affinità politiche, ideologiche, storico-etniche, economiche ed infine militari più che da requisiti geografici.

Un altro dubbio riguarda se tali organizzazioni abbiano o possano

[25] A. GIOIA, *The UN and Regional organisations in the Maintenance of Peace and Security*, in M. BOTHE, N. RONZITTI, A. ROSAS, *The OSCE in the Maintenance of Peace and Security. Conflicts Prevention, Crisis Management and Peaceful Settlement of Disputes*, The Hague 1997, p. 191 ss.; M. IOVANE, *La NATO, le organizzazioni regionali e le competenze del Consiglio di sicurezza in tema di mantenimento della pace*, in *La Comunità Internazionale* 1998, p. 428 ss.; U. VILLANI, *Les rapports entre l'ONU et les organisations régionales dans le domaine du maintien de la paix*, in *Recueil des cours de l'Academie de Droit International*, 2001, vol. 290, p. 225 ss.; F. LATTANZI, M. SPINEDI, *Le organizzazioni regionali e il mantenimento della pace nella prassi di fine XX secolo*, Napoli, 2004; N. RONZITTI, *Il conflitto del Nagorno-Karabakh e il diritto internazionale*, Torino, 2014.

[26] Così nel caso dei vari conflitti tra Israele e i paesi arabi confinanti.

avere competenza a gestire solo conflitti tra membri o più ampiamente anche quelli che nell'area di rilevanza riguardino controversie con non membri. Sono questi peraltro tutti aspetti che tendono a risolversi nella prassi. Nessun ruolo utile può avere un'organizzazione per contribuire a risolvere controversie interstatuali, anche solo a livello di contatti informali e buoni uffici, se una parte ne rifiuta l'interessamento. Se invece vi è il consenso, i requisiti formali diventano di scarso rilievo[27].

Un altro profilo di primaria importanza riguarda la natura delle controversie: il loro carattere locale, la minaccia alla pace che esse comportino, peraltro non menzionato all'art. 52.2 e 52.3, ed infine, ma logicamente prioritario, il rapporto con il Consiglio di sicurezza e le sue funzioni, soprattutto nell'ambito del capo VII. La disposizione dell'art. 52.1 che apre il capo VIII sugli accordi regionali sancisce la legittimità e in un certo senso la priorità degli accordi e organizzazioni regionali quando afferma che «Nessuna disposizione del presente Statuto preclude l'esistenza di accordi o organizzazioni regionali per la trattazione di quelle questioni concernenti il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale che si prestino ad un'azione regionale»[28]. Di qui la priorità ad una soluzione pacifica delle controversie di carattere regionale a cura dei membri di tali organizzazioni «prima di deferirle al Consiglio di sicurezza» come conclude il testo dell'art. 52.2.

Il quadro cambia se si considerano le misure, coercitive e non, *sub* capo VII, escluse peraltro dalla nostra trattazione. L'art. 53.1 richiede in proposito che vi sia l'autorizzazione del Consiglio perché un organizzazione regionale possa ricorrere all'uso della forza, il che ha comportato la prevalente valutazione di contrarietà alla Carta dell'azione della NATO contro la Repubblica Federale di Iugoslavia (Serbia e Montenegro) nel 1999 durante la crisi del Kosovo[29]. Nello stesso ambito normativo e politico si esplica la prassi del Consiglio di sicurezza di autorizzare gli Stati membri di una determinata organizzazione, in quanto tali, ad adottare misure coercitive sotto il suo controllo, come da ultimo nel 2011 con l'intervento di paesi NATO in Libia. Le decisioni del Consiglio di chiedere la partecipazione di organizzazioni regionali ad operazioni di *peace keeping* o *di peace building*, non implicanti dunque l'uso della forza of-

[27] Al riguardo v. con ampia casistica J. G. MERRILLS, *op. cit.*, p. 266 ss. A favore di una nozione flessibile v. C. WALTER, *Regional Arrangements and the UN Charter*, in *MPEPIL*, on line, 2009.

[28] Ciò sempreché, come prosegue la disposizione «tali accordi od organizzazioni e le loro attività siano conformi ai fini delle Nazioni Unite».

[29] V. per tutti P. PICONE, *La "guerra del Kosovo" e il diritto internazionale generale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2000, p. 309 ss.

fensiva, diversamente dalle precedenti, inerisce allo stesso modello di uso da parte del Consiglio delle sue competenze ex capo VII in un contesto in cui la sfera regionale è quella più coinvolta e rispetto a cui gli Stati della zona sono i più interessati e disponibili ad esercitare un ruolo operativo[30].

Tornando alle iniziative che rientrano invece nel capo VI, le organizzazioni regionali trovano anche dei limiti, alcuni giuridici relativi alle loro competenze statutarie, altri di tipo politici. La capacità di agire efficacemente richiede non solo un'astratta competenza, ma anche una struttura dell'organizzazione che presenti organi, competenze, procedure idonee a svolgere il compito richiesto. Questo non è sempre il caso per organismi che spesso sono stati costituiti più come un quadro per riunioni periodiche dei vertici, per emanare dichiarazioni politiche, di principio, magari rivolte più all'esterno che al proprio ambito[31].

Sul piano politico è stato notato che spesso i membri, pur geograficamente contigui – come è il caso in Africa o nel sud-est asiatico – , sono divisi per tipo di regime, modello sociale o religioso, stadio di sviluppo economico. Spesso essi sono restii ad affrontare questioni che hanno risvolti interni, che possono ulteriormente mettere l'uno contro l'altro gruppi di Stati membri, a danno di una già precaria "solidarietà regionale". A loro volta gli Stati coinvolti possono temere le ingerenze di potenti vicini, anche se questi ultimi si presentano come mediatori imparziali. Altre volte l'organizzazione, i suoi esponenti e i gli Stati membri non hanno l'autorevolezza per esercitare funzioni di conciliazione o mediazione. Più facilmente questi requisiti si trovano all'esterno del gruppo, in organizzazioni universali o in altri Stati.[32]

[30] Per la casistica v B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *op. cit.*, pp. 347-348.

[31] Questo limite ha portato alcune organizzazioni a istituire procedure formali, di tipo conciliativo o giudiziario, che peraltro, proprio a causa del loro carattere formale, non sempre sono state effettivamente utilizzate: cfr. la Convenzione europea per la soluzione delle controversie (1957), all'OSCE (per cui vedi meglio infra) il Meccanismo di La Valletta (1991) la convenzione di Ginevra (1992); le procedure previste nel Patto di Bogotà (1948) e i vari tribunali arbitrali e le corti permanenti istituite da organizzazioni subregionali in America latina; il Protocollo di mediazione, conciliazione e arbitrato dell'OUA, e infine l'ASEAN *Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism* del 2004.

[32] Per queste considerazioni v. tra gli altri J.G. MERRILLS, *op. cit.*, p. 272 ss.

6. *Due modelli agli antipodi di soluzione nell'ambito di organizzazioni internazionali: (a) il caso dell'Organizzazione per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa*

I due sistemi dell'OSCE e dell'OMC possono essere opportunamente esaminati e confrontati quali modelli paradigmatici dell'estrema varietà che caratterizza le modalità con cui la funzione di (assistenza alla) soluzione delle controversie è strutturata in diverse organizzazioni, con effetti ed efficacia molto diversa.

L'OSCE si caratterizza per l'assenza di un trattato istitutivo (è più un'associazione tra Stati che un'organizzazione); l'ambito regionale; la materia altamente politica e conflittuale; l'elaborazione di una pluralità di meccanismi, dai più informali ai più formalizzati, con una preferenza nella prassi per i primi e l'assoluto non uso dei secondi; e per esiti modesti sul piano della vera risoluzione dei conflitti, pur senza escludere che positivi effetti siano stati prodotti dall'esistenza in sé di un contesto multilaterale organizzato, sia procedurale che nel merito.

Tutto all'opposto l'OMC/WTO. Esso è basato su un trattato costitutivo di un'organizzazione internazionale classica, opera a livello multilaterale tendenzialmente globale che è quello della sua *membership*, con specializzazione nel commercio. Presenta un solo meccanismo per la soluzione delle controversie tra i membri relativo all'applicazione degli accordi regolati dall'OMC di tipo giudiziale molto articolato. Esso opera peraltro in un quadro politico-diplomatico in cui sono attribuiti ruoli importanti sia all'organizzazione che alle parti contraenti. A tale meccanismo le parti in contrasto sistematicamente ricorrono ed esso è caratterizzato da un elevato livello di attuazione delle decisioni (*compliance)*.

Venendo all'OSCE, ricordiamo che la sua istituzione è frutto di decisioni politiche degli Stati dello scacchiere pan-europeo nel contesto successivo alla fine dei due blocchi Est-Ovest, per stabilizzare e avviare a normalizzazione i reciproci rapporti (Carta di Parigi per una Nuova Europa del 1990; Vertice di Budapest del 1994). Si è trattato di uno sviluppo del quadro normativo e procedurale sviluppatosi a partire della Conferenza di Helsinki per la Cooperazione e la Sicurezza in Europa (CSCE) e del suo Atto Finale del 1975[33]. A seguito della frantumazione dell'Unione Sovietica, della Iugoslavia, della divisione della Cecoslo-

[33] In una prospettiva storica v. M. PANEBIANCO*, Il nuovo diritto europeo*, Roma, 1992; G. BARBERINI, N. RONZITTI, *La Nuova Europa della CSCE*, Milano, 1994; G. SACERDOTI, *Diritto e Istituzioni della Nuova Europa*, Milano, 1995, p. 1 ss. e 225 ss.

vacchia, ma anche della riunificazione tedesca, essa annovera attualmente cinquantasei partecipanti.

L'OSCE si è concretizzata progressivamente, articolandosi in un quadro istituzionale che resta peraltro debole, senza trasformarsi in una vera e propria organizzazione fondata su un trattato; non è quindi dotata di personalità giuridica. È stata peraltro riconosciuta dall'ONU come una organizzazione regionale ai sensi del capo VIII e ha agito in più circostanze come tale[34]. Essa si è sviluppata attraverso la proclamazione di principi di fondo nominalmente condivisi (coesistenza, rispetto delle frontiere, soluzione pacifica delle controversie, diritti dell'uomo e delle minoranze, elezioni democratiche) e instituendo progressivamente segretariati e uffici ad hoc per lo svolgimento di specifiche funzioni, oltre a prevedere una presidenza affidata ad uno dei suoi membri con rotazione annuale[35]. Essa opera sulla base dei principi del dialogo, del negoziato e della cooperazione e ogni decisione richiede il consenso dei partecipanti[36].

Prioritario fu nella fase di smantellamento dei blocchi il suo ruolo nello sviluppo delle *Confidence and Security Building Measures,* quali il monitoraggio delle rispettive manovre militari, la riduzione degli armamenti e il controllo relativo, e il negoziato di trattati multilaterali di disarmo. Successivamente l'attenzione si è concentrata sui conflitti interetnici, nei Balcani e nel Caucaso, come fonti di conflitti inter-statali e di violazioni generalizzate dei diritti dell'uomo. Di qui l'istituzione nell'ambito della "dimensione umana" dell'OSCE di procedure e rapporti sul rispetto e l'attuazione degli impegni assunti al riguardo, con la Dichiarazione di Copenhagen sulla dimensione umana della CSCE (1990) e i suoi successivi sviluppi (Meccanismo di Vienna e poi di Mosca), nonché grazie a "organi di persone", soprattutto l'Alto Commissario sulle Minoranze Nazionali. Al confine tra il rafforzamento della sicurezza e la prevenzione e il controllo dei conflitti (*crisis management)* è il Meccanismo per la Consultazione e la Cooperazione rispetto a situazioni di emergenza ("Meccanismo di Berlino"). Così pure le numerose "Missioni a lungo termine", con compiti che vanno da quelli di osservazione e di

[34] V. la Dichiarazione del vertice di Helsinki (1992) in tal senso, accolta favorevolmente dalla risoluzione dell'Assemblea generale 47/10 del 28.10.1992.

[35] L'OSCE si è dotata di un Consiglio di ministri; di un segretario generale, che lo assiste a rotazione triennale, con un segretariato basato a Vienna e di un assemblea parlamentare. Tra gli uffici l'*Office for Democratic Institutions and Human Rights* (ODIHR) di Varsavia che svolge in particolare l'attività di monitoraggio elettorale.

[36] Per il quadro attuale – che comprende casi e procedure rette dalla formula "consensus minus one" e "consensus minus two" (i contendenti) v. U. FASTENRATH, K. WELGELT, *Organization for Security and Cooperation in Europe*, in *MPEPIL*, on line, 2010.

inchiesta *(fact-finding* e *rapporteur*) a quello di *peace keeping*, con o anche senza coinvolgimento del Consiglio di sicurezza. Esse sono cresciute fino al numero di diciotto, dispiegate in vari momenti nelle zone di crisi, dal Kosovo, al Nagorno-Karabakh e all'Ossezia.

Nel processo di istituzionalizzazione dell'OSCE iniziato nel 1990 ha ricevuto da subito attenzione la creazione di meccanismi formali che potessero facilitare la soluzione delle controversie attraverso procedure che andassero oltre a passi di tipo politico-diplomatico. Questo impulso rifletteva la fine dei blocchi e delle egemonie, la nascita di numerosi nuovi Stati di ridotte dimensioni e di scarso peso politico-militare e il moltiplicarsi dei conflitti territoriali, di confine e inter-etnici.

Una soluzione originale apparve essere il "Meccanismo di La Valletta", ivi concordato nel 1991: una procedura di conciliazione formale e garantista, la cui accettazione in quanto procedura dai contendenti e la loro adesione alla raccomandazione in cui doveva sfociare era sostenuta dalla sua autorevolezza e dalla *peer pressure* degli Stati partecipanti. Una forma dunque "avanzata" di conciliazione formalizzata che, almeno nelle intenzioni, si avvicinava molto ad un meccanismo giudiziario, esclusa la obbligatorietà formale *ex ante* del ricorso alla procedura e quella *ex post* della decisione.

Non soddisfatte, le parti dell'OSCE promossero poco dopo uno strumento pattizio, la Convenzione relativa alla conciliazione e all'arbitrato (Stoccolma 1992) che ha istituito un segretariato permanente di una corte d'arbitrato (sul modello della PCA) in grado di essere convocata rapidamente.

Ebbene, nessuno delle due procedure è mai stata attivata nonostante che non siano mancate controversie in cui prevalesse l'elemento giuridico piuttosto che la componente politico – territoriale. Più in generale il sistema OSCE ha perso rilievo da quando non è stato in grado di gestire, dopo il 1990-1994, la fase successiva al venir meno dei due blocchi contrapposti, peraltro già pacificamente coesistenti almeno dal 1975. La fase cioè in cui è diventato più fluido e disorganizzato lo scacchiere dell'Europa orientale, riorganizzatosi in modo diversificato con l'ingresso nell' Unione Europea degli ex membri del Patto di Varsavia e delle ex repubbliche baltiche tornate indipendenti, con l'allargamento non preventivato della NATO all'Est, il disfarsi della Comunità degli Stati Indipendenti, il rifiuto della Russia di perdere influenza sui paesi confinanti (Georgia, Ucraina).

La capacità dei meccanismi e degli organi politici dell'OSCE è stata modesta anche nei confronti dei conflitti "minori", tra paesi ex-URSS

diversi dalla Russia[37]. Quando poi nei conflitti sia direttamente coinvolta la Russia, è davanti agli occhi di tutti l'incapacità delle istituzioni dell'OSCE e dei suoi Stati, agenti nel suo ambito, a contenere azioni aggressive, violazioni dei suoi principi fondamentali (come quello del rispetto delle frontiere, inestricabilmente legato al rispetto delle minoranze e all'esercizio dell'autodeterminazione da parte di popoli minoritari) così come quelle dell'ONU, nonostante le dichiarazioni dell'Assemblea generale[38].

Persino lo svolgimento del più modesto ruolo di sorveglianza, inchiesta, monitoraggio è stato spesso frustrato[39]. Di tale incapacità non può peraltro essere "incolpata" l'OSCE o un difetto di previsione e articolazione dei numerosi meccanismi ivi formulati e messi in opera. La soluzione positiva dei conflitti o anche solo il loro contenimento presuppone una volontà conciliativa delle parti, o la capacità degli Stati terzi di farla crescere e prevalere, che nel caso di specie non si è verificata.

7. Segue: *(b) il caso dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*

Ben diverso è l'esempio che offre l'OMC, quella di una *win-win story*. Ciò sia quanto ai risultati, cioè la sistematica soluzione secondo diritto delle controversie commerciali tra i suoi membri, che quanto all'idoneità delle sue procedure innovative, diverse da quelle tradizionali (conciliative da un lato, arbitrali e giudiziali dall'altro) caratterizzate, per così dire, da una contaminazione sperimentale di modelli, ad assicurare tale risultato, senza ulteriori conflitti e in tempi ragionevoli.

Ci limitiamo a sunteggiare per sommi capi le caratteristiche della procedura che è ampiamente nota[40]. Essa si caratterizza come una evoluzione del meccanismo del GATT, che non era una organizzazione ma un accordo multilaterale, per di più *ab initio* applicato in via provvisoria. Il sistema dei panel del GATT era una sorta di commissione di inchiesta,

[37] In questo senso a seguito di dettagliato esame N. RONZITTI, *Il conflitto del Nagorno-Karabakh e il diritto internazionale*, cit., p. 52.

[38] V. la ricordata risoluzione UNGA 68/262 del 27.3.2014 sulla integrità territoriale dell'Ucraina e, per un'analisi critica dettagliata E. SCISO*, op. cit.*

[39] Si ricordi ad esempio il sequestro degli osservatori dell'OSCE da parte dei ribelli filo-russi nell'Est dell'Ucraina nell'autunno del 2014.

[40] V. M. VELLANO, *L'Organo d'Appello dell'OMC*, Napoli 2001; P. PICONE e A. LIGUSTRO, *Diritto dell'organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova 2002, p. 575 ss; G. SACERDOTI, *Il sistema di soluzione delle controversie dell'OMC a dieci anni dalla sua istituzione*, in *La Comunità Internazionale*, 2005, p. 435 ss.; G. SACERDOTI (ed.), *The WTO at Ten: The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge, 2006.

azionabile solo d'intesa tra le parti, un meccanismo progressivamente arricchito da elementi di trasparenza e maggiore formalismo (*due process)*, il cui risultato (il rapporto dei panel) diventava obbligatorio previa approvazione di tutte le parti contraenti del GATT, con diritto di veto quindi della parte soccombente.

In base alle disposizioni dello specifico accordo sulla soluzione delle controversie (*Dispute Settlement Understanding* – DSU) concordato nell'ambito dell'accordo istitutivo dell'OMC nel 1994, una nuova organizzazione internazionale dotata di propria personalità internazionale, la procedura è per gli Stati membri esclusiva, obbligatoria e vincolante quanto alla attuazione della decisione, salva la libertà dello Stato soccombente di scegliere i modi con cui darvi attuazione (*implementation*)[41]. Qualunque controversia relativa a qualunque disposizione di tutti i numerosi accordi multilaterali concordati tra tutti gli Stati membri e amministrati dall'OMC sono soggetti al DSU, la cui procedura è esperibile unilateralmente da qualunque Stato membro.

Il procedimento mantiene peraltro alcuni aspetti del precedente meccanismo del GATT, nel senso che i panel e il nuovo Organo di Appello – in sostanza un tribunale permanente con competenza ad annullare o riformare in diritto la decisione del panel – emanano non delle sentenze ma dei "rapporti" che di per se hanno natura di raccomandazione. Le decisioni diventano obbligatorie dopo la loro adozione da parte degli Stati membri in sede di *Dispute Settlement Body*. Questa è però automatica, dato che è richiesto un improbabile e mai verificatosi consenso in contrario per bloccarne l'approvazione. Viene così a formarsi un corpo di decisioni aventi efficacia di precedente, costituita ad oggi da oltre 120 decisioni di appello. Esse costituiscono per gli Stati membri un complesso prezioso e in sostanza inderogabile di indicazioni nei reciproci rapporti per l'interpretazione e l'applicazione della normativa commerciale multilaterale e anche al loro interno in sede di introduzione di nuove norme in materia.

L'intervento dell'intera *membership* in sede di adozione dei rapporti in sostanza trasforma quella che è una sentenza obbligatoria per le sole parti in lite in una decisione dell'organizzazione. Questo coinvolgimento svolge infine una funzione importante per assicurare la effettiva attuazione della decisione da parte del soccombente attraverso un monitoraggio multilaterale, che include l'autorizzazione, pure essa "automatica", al

[41] È anche possibile in alternativa un accordo tra le parti in lite diverso dalla rigorosa attuazione della decisione (*compensation* invece di *withdrawal of the measure*) ai sensi dell'art. 22.1 del DSU.

vincitore di imporre sanzioni commerciali (ritiro di concessioni doganali e simili) per indurre la controparte ad attuare la decisione. Sono pure previsti procedure e controlli volti ad evitare abusi ad opera della parte vincitrice. La funzione di soluzione delle controversie ha assunto un ruolo che va oltre quella specifica, a causa della difficoltà di modificare gli accordi esistenti e stipulare nuovi accordi multilaterali in seno all'OMC, come evidenziato dalla mancata conclusione del Doha Round di negoziati commerciali multilaterali iniziato nell'ormai lontano 2001. Ciò a causa dei contrasti di interessi tra i vari gruppi di Stati e alla difficoltà di raggiungere un consenso tra gli oltre 160 Stati che attualmente ne fanno parte.

In conclusione, l'OMC mostra, in positivo, il ruolo che un sistema di soluzione delle controversie nell'ambito di un'organizzazione, e in certa misura da parte di un'organizzazione, può raggiungere. Ciò presuppone, come nel caso dell'OMC, che esso sia formulato in un modo tale da riflettere le esigenze dei membri e soddisfare gli interessi disciplinati, nella specie quelli commerciali degli operatori economici del commercio internazionale, prestando attenzione anche agli opportuni limiti a tutela di valori non commerciali a livello interno ed internazionale.

Il confronto con l'OSCE e con la prassi sviluppata dal Consiglio di sicurezza nell'ambito del capo VI conferma dunque la perdurante validità della distinzione tradizionale tra controversie giuridiche e politiche. Queste ultime, infatti, appaiono intrinsecamente inidonee ad essere sottoposte e risolte tramite metodi formalizzati, di tipo arbitrale e giudiziario (come invece quelli dell'OMC), cui gli Stati sono restii a sottoporle. Tali procedure appaiono inoltre non risolutive, quand'anche esperite, nonostante gli sforzi di combinare, in modo innovativo e sofisticato (come è il caso del "Meccanismo di La Valletta"), elementi tipici delle procedure giudiziarie, soprattutto quanto a garanzie di esperibilità, imparzialità e obiettività, con flessibilità nell'*iter* e non obbligatorietà formale del risultato.

QUELQUES COMMENTAIRES CURSIFS SUR LA COMMUNICATION DE GIORGIO SACERDOTI

Alain PELLET*

Jean-Pierre Cot étant empêché par de graves problèmes personnels, Michele Vellano m'a demandé de me substituer à lui pour commenter les propos de Giorgio Sacerdoti – mission doublement impossible: on ne remplace pas Jean-Pierre Cot; et l'on n'improvise pas une réponse à Giorgio Sacerdoti, qui connaît son sujet de manière intime et approfondie. Il me semble qu'il a fort bien mis en lumière le rôle tout à fait fondamental que jouent – ou que sont supposées jouer – les organisations internationales dans le règlement des conflits internationaux.

Je me bornerai donc à quelques remarques cursives et approbatives sur le brillant exposé de l'intervenant principal plus dans le souci de maintenir le principe binaire italo-français que nous avons retenu pour cette première demi-journée de notre rencontre qu'avec le sentiment d'avoir grand-chose d'utile à ajouter.

Certes, depuis 1945, et même, à vrai dire, depuis 1919, les organisations internationales sont au cœur du système international de règlement des différends – à la fois règlement pacifique (et c'est le chapitre VI de la Charte), et même règlement par la force armée puisque, sauf cas de légitime défense, le monopole du recours à la force armée appartient au Conseil de sécurité qui, il est vrai, ne peut agir qu'au moyen des forces aériennes, navales ou terrestres qui, faute de la conclusion des accords spéciaux de l'article 43 de la Charte, ne peuvent être que celles des États membres des Nations Unies.

Mais, chacun le sait, le système a évolué – principalement dans deux directions :

- d'une part, comme l'a souligné Giorgio Sacerdoti, le Conseil de sécurité a considérablement élargi la notion de menace contre la paix (notamment en admettant que les catastrophes humanitaires, même essentiellement internes, ou le terrorisme pouvaient constituer des menaces de ce type) ;

* Professeur à l'Université Paris Ouest, Nanterre-La Défense.

- d'autre part, après avoir inventé la notion de force de maintien de la paix (en forgeant un « chapitre 6^{bis} » de la Charte), il a, depuis le début des années 1990, procédé de plus en plus par délégation en mandatant les États pour intervenir, éventuellement par la force pour régler un différend menaçant le maintien de la paix (on ose à peine dire « de la paix internationale », tant il est clair dans certains cas que la paix interne est au centre des préoccupations – il suffit, à cet égard de penser au cas du génocide rwandais).

De leur côté, les organisations internationales régionales ont, dans l'esprit du chapitre VII, développé des mécanismes de règlement des différends entre leurs États membres qui sont parfois extrêmement contraignants, qu'il s'agisse, par exemple, de la Constitution de l'Union africaine, qui va jusqu'à instituer un mécanisme d'intervention forcée, qui me paraît plus contraire au chapitre VII de la Charte que complémentaire de celui-ci, ou de l'Union européenne qui a institué un monopole en faveur de la CJUE pour tous les différends entre ses membres concernant l'application des Traités qui la fondent (je pense en particulier à l'affaire *Mox* et à l'article 344 du TFUE) – avec l'élargissement progressif des compétences de l'Union, ce monopole est de plus en plus étendu. Mais j'ouvre ici une parenthèse . Il n'en résulte pas, contrairement à ce qui a été dit, que l'UE puisse être prise comme « modèle » par les autres organisations internationales ou les autres régions du monde : ce qui est possible ici, ne l'est pas là et la promotion de l'UE comme archétype à suivre risque, je crains, d'avoir l'effet contraire à celui escompté.

Ceci étant si j'ai jusqu'ici, été « politiquement correct », je voudrais aussi souligner les limites du rôle des organisations internationales, à commencer par les Nations Unies, dans le règlement des différends internationaux. Les évènements récents le montrent : l'ONU joue un rôle clé en Libye en autorisant l'intervention mais elle est absente s'agissant de la Syrie ou de la Crimée, ou, s'agissant d'un conflit menaçant, des tensions en mer de Chine. Il n'y a pas de mystère : c'est la faute au veto – même si je considère que le veto, peut-être pas de la France et du Royaume-Uni, mais surement des États-Unis, de la Chine et de la Russie, est un mal nécessaire.

De même, au plan régional, les modes de règlement pacifique des différends sont souvent paralysés pour les raisons qu'a développées le Professeur Sacerdoti, qu'il s'agisse de rivalités entre les États membres (je pense à l'ASEAN par exemple) ou de manque de moyens (c'est le cas pour de nombreuses organisations africaines, à commencer par l'Union africaine).

Et, pour en terminer quelques remarques sur un sujet qui me tient à cœur: le règlement juridictionnel (ou « judiciaire », selon la terminologie discutable retenue dans la Charte) des différends internationaux. Plusieurs choses me frappent:

1° Le bourgeonnement anarchique des juridictions internationales. On crée de plus en plus de cours et tribunaux internationaux en leur donnant en général une base institutionnelle, souvent ancrée dans une organisation préexistante (par exemple le CIRDI, qui fonctionne au sein de la Banque mondiale) mais ils peuvent aussi constituer des organisations internationales autonomes ; tel est le cas du TIDM, du Tribunal irano-américain des différends ou des cours régionales de droits de l'homme ; il en résulte ce que l'on a appelé une « prolifération » des juridictions internationales, expression à connotation négative attirant l'attention sur la « fragmentation » du droit international qui en découlerait (alors que, personnellement, je considère que la multiplication des juridictions au plan international constitue ce que le Président Bedjaoui a appelé « la bonne fortune du droit des gens »)[1].

2° Parallèlement, on voit les États se détourner des juridictions internationales au profit d'arbitrages *ad hoc* (dont le greffe est souvent assuré par la C.P.A.).

On peut d'ailleurs se demander à cet égard pourquoi les États préfèrent recourir à des tribunaux constitués sur une base *ad hoc* que saisir des juridictions institutionnalisées, moins chères et dont on peut penser qu'elles jouissent de davantage d'autorité. Giorgio Sacerdoti a remarqué, à très juste titre que le règlement des différends dans les organisations internationales présentait l'avantage de permettre aux Parties de s'appuyer sur l'appareil institutionnel de l'organisation. Ceci vaut également, *mutatis mutandis*, pour le règlement juridictionnel, même si l'adossement sur une organisation ne garantit nullement l'intervention effective des organes de celle-ci à l'appui de la décision : pensons à l'article 94 de la Charte qui est loin de garantir l'exécution des décisions de la C.I.J. par le Conseil de sécurité.

Ceci étant – et l'on retrouve ici l'une des infirmités congénitales du droit international – le principe du libre choix des moyens de règlement pacifique des différends combiné avec celui du consentement à tout

[1] M. BEDJAOUI, *Conclusions générales - La multiplication des tribunaux internationaux ou la bonne fortune du droit des gens*, in SFDI, Colloque de Lille, *La juridictionnalisation du droit international*, Paris, 2003, pp. 529-545.

règlement juridictionnel limitent les perspectives d'avenir de ce mode de règlement, que ce soit dans le cadre des organisations internationales ou en dehors.

Dans le monde multipolaire et globalisé qui est le nôtre, il est difficile d'imaginer comment améliorer le rôle des organisations internationales dans le règlement des différends. Peut-être faut-il promouvoir la globalisation de la gouvernance mondiale et atténuer l'interétatisme hyper-dominant qui marque le système institutionnel international tel que nous le connaissons. Mais je crois qu'il faut aussi tenir compte de la remontée en puissance des souverainismes qui peut faire craindre une défiance accrue à l'encontre de tout règlement par un tiers. La Chine s'est éveillée ; d'autres puissances ont émergé dans le sud ; elles n'apportent pas un soutien très convaincu – c'est une litote – à un renforcement du rôle des organisations internationales dans le règlement des différends qui risque de s'amenuiser durablement à mesure que leur puissance s'affermira.

UNITÀ, PLURALITÀ O INUTILITÀ DEI REGIMI DI RESPONSABILITÀ INTERNAZIONALE APPLICABILI ALLE ORGANIZZAZIONI?

Paolo PALCHETTI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. L'approccio unitario della Commissione di diritto internazionale alla ricostruzione delle regole sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali e le critiche a tale approccio. – 2. L'applicabilità del regime generale di responsabilità ai rapporti tra l'organizzazione e i suoi membri. – 3. Regimi speciali di responsabilità applicabili nei rapporti tra l'organizzazione e i soggetti terzi: quale ruolo per le regole dell'organizzazione? – 4. Le organizzazioni tra meccanismi di *accountability* e sottoposizione alla responsabilità internazionale. – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione. L'approccio unitario della Commissione di diritto internazionale alla ricostruzione delle regole sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali e le critiche a tale approccio*

Le regole in tema di responsabilità delle organizzazioni internazionali si sono sviluppate in un arco di tempo relativamente breve. Fino a qualche decennio fa, ancora si dubitava che le organizzazioni fossero capaci di commettere atti internazionalmente illeciti[1]. La concezione prevalente era che la responsabilità per eventuali illeciti dell'organizzazione non potesse che essere una responsabilità degli Stati membri dell'organizzazione[2]. Il quadro appare oggi profondamente mutato. Come si ricava in particolare dalle posizioni espresse dagli Stati e dalle stesse organizzazioni in relazione ai recenti lavori della Commissione di diritto

* Straordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Macerata.

[1] Significativa al riguardo è la posizione espressa nel 1963 in seno alla Commissione di diritto internazionale da Roberto Ago, ad avviso del quale «[i]t was even questionable whether [international] organizations had the capacity to commit international wrongful acts». *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, 1963, p. 229.

[2] Si veda in questo senso M. HARTWIG, *International Organizations or Institutions, Responsibility and Liability*, in R. WOLFRUM (a cura di), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Oxford, 2011, par. 7 («For a long time, it has not been clear if international organizations may bear international responsibility»). Per uno dei più risalenti studi dedicato a questo tema si veda C. EAGLETON, *International Organizations and the Law of Responsibility*, in *Recueil des cours*, vol. 76, 1950, p. 319 ss.

internazionale in tema di responsabilità delle organizzazioni internazionali, appare ormai generalmente accettato che le organizzazioni, alla pari di altri soggetti di diritto internazionale, possano commettere atti illeciti e possano essere chiamate a subirne le conseguenze in termini di responsabilità. Egualmente vi è oggi un largo consenso intorno al principio in forza del quale uno Stato non può essere chiamato a rispondere della condotta illecita dell'organizzazione per il semplice fatto di essere membro di questa[3].

Il dibattito sembra essersi spostato su altre questioni. Una delle osservazioni ricorrenti che hanno accompagnato i lavori della Commissione di diritto internazionale in tema di responsabilità delle organizzazioni internazionali riguarda la varietà di tali organizzazioni e l'importanza che assume il principio di specialità nella determinazione delle regole che ne disciplinano l'attività. In particolare, si è sostenuto che il fatto che le organizzazioni, a differenza degli Stati, siano una diversa dall'altra per competenze, struttura e composizione abbia importanti implicazioni sulla ricostruzione delle regole in tema di responsabilità. Secondo questa impostazione, che è stata sostenuta soprattutto dalle organizzazioni internazionali, ma anche da alcuni Stati e da una parte della dottrina, la diversità delle organizzazioni rende difficile pensare di potere ricostruire un regime generale di responsabilità internazionale applicabile in principio a tutte le organizzazioni[4]. Anche quando si ammette la possibi-

[3] Tale principio non è espressamente enunciato negli Articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali adottato nel 2011 dalla Commissione di diritto internazionale. Tuttavia, come indica il commentario, «such a rule is clearly implied. Therefore, membership does not as such entail for member States international responsibility when the organization commits an internationally wrongful act». *Report of the International Law Commission on the Work of its Sixty-third Session*, UN doc. A/66/10, p. 164, par. 2. Il principio trova invece un espresso riconoscimento nell'art. 6 (a) della risoluzione dell'*Institut de droit international* su «*Legal Consequences for Member States of the Non-Fulfilment by International Organizations of their Obligations towards Third Parties*», in forza della quale, «[s]ave as specified in article 5, there is no general rule of international law whereby States members are, due solely to their membership, liable, concurrently or subsidiarily, for the obligations of an international organization of which they are members». *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 66-II, 1996, p. 445. L'esistenza di tale principio è oggi generalmente riconosciuta anche dalla dottrina. *Contra* si vedano tuttavia I. BROWNLIE, *The Responsibility of States for the Acts of International Organizations*, in M. RAGAZZI (a cura di), *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden/Boston, 2005, p. 362, e più recentemente S. YEE, *'Member Responsibility' and the ILC Articles on the Responsibility of International Organizations: Some Observations*, in M. RAGAZZI (a cura di), *Responsibility of international organizations: essays in memory of Sir Ian Brownlie*, Leiden/Boston, 2013, p. 325 ss.

[4] Questa obiezione era già stata sollevata in precedenza in seno alla Commissione di diritto internazionale ed aveva costituito uno dei motivi che avevano sconsigliato di

lità di identificare un regime generale, se ne denuncia la scarsa utilità, sul presupposto che, nella maggior parte dei casi, il regime generale dovrà cedere a favore del regime speciale che si applica ad una specifica organizzazione o ad una specifica categoria di organizzazioni[5].

L'argomento che fa leva sulla "diversità" delle organizzazioni è alla base di una serie di proposte presentate nel corso degli anni alla Commissione di diritto internazionale. Così, l'Unione europea ha insistentemente chiesto che il progetto riconoscesse espressamente l'esistenza di diverse categorie di organizzazioni internazionali, in particolare prevedendo una clausola di salvaguardia per le c.d. "organizzazioni economiche di integrazione regionale"[6]. Il Regno Unito ha proposto di inserire, in aggiunta alla disposizione in tema di *lex specialis*, una regola «requiring the special characteristics of a particular organization to be taken into account in applying the draft articles»[7]. Alcune organizzazioni sono andate anche oltre, finendo in sostanza per negare la possibilità stessa di un regime generale di responsabilità delle organizzazioni internazionali. È il caso della posizione sostenuta a più riprese dal Fondo monetario internazionale, ad avviso del quale, a parte il caso di violazione di norme di *jus*

avviare lavori di codificazione sul tema della responsabilità delle organizzazioni internazionali. In particolare, nella *Survey of International Law* presentata nel 1971 il Segretariato aveva osservato quanto segue: «there would appear to be considerable difficulties in arriving at a set of provisions on the matter which would be both specific enough in character to be useful and, at the same time, applicable to all or most international organizations». Si veda la *Review of the Commission's Long-Term Programme of Work, Survey of International Law*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 1971, vol. II, p. 80, par. 354. Per un esame delle difficoltà incontrate dalla Commissione nella codificazione di regole applicabili ad organizzazioni internazionali, si veda K. KEITH, *The Processes of Law-Making: The Law Relating to International Organizations as an Example*, in M. RAGAZZI (a cura di), *Responsibility of international organizations*, cit., p. 15 ss.

[5] Per un esame delle critiche mosse da Stati e organizzazioni internazionali ai lavori della Commissione e i relativi riferimenti si veda N. BLOKKER, *Preparing Articles on Responsibility of International Organizations: Does the International Law Commission Take International Organizations Seriously? A Mid-Term Review*, in J. KLABBERS e A. WALLENDAHL (a cura di), *Research Handbook on the Law of International Organizations*, Cheltenham, 2011, pp. 318 ss. In dottrina, si vedano le critiche mosse da G. HAFNER, *Is the Topic of Responsibility of International Organizations Ripe for Codification? Some Critical Remarks*, in U. FASTENRATH et al. (a cura di), *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, 2011, p. 695 ss.

[6] A/CN.4/637, 14 febbraio 2011, p. 38: « To the extent that the draft articles, even taking account of the commentaries, at present do not adequately reflect the situation of regional (economic) integration organizations such as the European Union, it would seem particularly important for the draft to explicitly allow for the hypothesis that not all of its provisions can be applied to regional (economic) integration organizations ("*lex specialis*")».

[7] A/C.6/64/SR.16, 27 ottobre 2009, par. 27.

cogens, solo le regole proprie di ciascuna organizzazione potrebbero permettere di stabilire se questa ha violato un obbligo internazionale e possa quindi essere ritenuta responsabile di un illecito[8].

Queste varie proposte non hanno trovato spazio nel testo di articoli adottato nel 2011. Fedele alla propria vocazione "generalista", la Commissione di diritto internazionale è rimasta ferma nel proposito di fissare un insieme di regole generali sulla responsabilità che si applicano in principio a tutte le organizzazioni internazionali. Non solo, la Commissione ha definito in termini ampi l'ambito di applicazione del regime generale: tale regime si applica non solo ai rapporti tra l'organizzazione e i soggetti terzi ma anche ai rapporti tra l'organizzazione e i propri membri, investendo quindi anche la dimensione dei rapporti interni all'organizzazione. La principale concessione alla "diversità" delle organizzazioni internazionali è contenuta all'art. 64 del testo del 2011, il quale prevede che il regime generale ricostruito dalla Commissione possa essere derogato in presenza di regole speciali[9]. Si tratta di una disposizione che ricalca quella stabilita all'art. 55 degli Articoli sulla responsabilità degli Stati[10] ma che, rispetto a tale disposizione, contiene una significativa differenza: l'art. 64 precisa che nei rapporti tra l'organizzazioni ed i membri tali regole speciali possono essere contenute nelle stesse regole interne dell'organizzazione.

L'adozione nel 2011 del progetto di articoli non ha evidentemente posto fine al dibattito intorno alla possibilità o all'utilità di un regime generale di responsabilità applicabile a tutte le organizzazioni. La que-

[8] A/CN.4/582, 2007, p. 8: «When an organization acts in accordance with the terms of its constituent charter, such acts can only be wrongful in relation to another norm of international law if the other norm in question is either a "peremptory norm" (*jus cogens*) or arises from a specific obligation that has been incurred by the organization in the course of its activities (*e.g*. by entering into a separate treaty with another subject of international law). However, *vis-à-vis* all other norms of international law, both the charter and the internal rules of the organization would be *lex specialis* as far as the organization's responsibility is concerned and, accordingly, cannot be overridden by *lex generalis*, which would include the provisions of the draft articles».

[9] L'art. 64 stabilisce quanto segue: «These articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of an international organization, or a State in connection with the conduct of an international organization, are governed by special rules of international law. Such special rules of international law may be contained in the rules of the organization applicable to the relations between an international organization and its members».

[10] In forza dell'art. 65, «[t]hese articles do not apply where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law».

stione si è in parte riproposta sotto nuove forme. Così, chi ha criticato la scelta "generalista" della Commissione, e tra questi un certo numero di consiglieri giuridici di organizzazioni internazionali, dopo l'adozione del progetto si è affrettato ad indicare nell'art. 64 – che, come visto, ammette il ricorso a regimi speciali di responsabilità – la disposizione più importante dell'intero progetto di articoli[11]. D'altro canto, è vero che, come la stessa Commissione ha riconosciuto[12], le regole contenute nel testo adottato nel 2011 raramente trovano conferma in una prassi consolidata. Questo dato potrebbe essere utilizzato per contestare l'esistenza stessa di una o più regole riconducibili ad un regime generale e, parallelamente, per riproporre la centralità di regimi speciali applicabili nei confronti soltanto di una categoria di organizzazioni o di una organizzazione in particolare[13]. In una diversa prospettiva, il fatto che la prassi sia assai ridotta potrebbe essere visto come un indice della scarsa rilevanza dei meccanismi tradizionali della responsabilità come strumenti di controllo applicabili nei confronti dell'operato di organizzazioni internazionali.

Il confronto tra un approccio unitario al problema della responsabilità delle organizzazioni e altri approcci che privilegiano l'idea della pluralità dei regimi di responsabilità o che contestano l'adeguatezza dei meccanismi fondati sulle regole della responsabilità internazionale appare dunque destinato a perdurare nel tempo. Il presente scritto si propone di approfondire i termini di questo dibattito. Due sono gli aspetti che si intendono affrontare.

Il primo riguarda il rapporto tra il regime generale di responsabilità e i possibili regimi speciali applicabili ad un'organizzazione o ad una categoria di organizzazioni. Si tratta, da una parte, di valutare se l'autonomia degli ordinamenti interni delle organizzazioni debba portare ad escludere l'applicabilità delle regole generali di responsabilità ai rapporti tra l'organizzazione e i suoi membri; dall'altra, di stabilire fino a che punto le regole interne dell'organizzazione possano incidere sull'ap-

[11] Si vedano R. LECKOW e E. PLITH, *Codification, Progressive Development or Innovation? Some Reflections on the ILC Articles on the Responsibility of International Organizations*, in M. RAGAZZI (a cura di), *Responsibility of international organizations*, cit., p. 228 («Article 64 on *lex specialis*, arguably the most important article»), e M. RAGAZZI, *The World Bank and the ILC's Project on the Responsibility of International Organizations*, *ibid.*, p. 239 («the central role that the article on *lex specialis* should play in the scheme of the Commission's articles»).

[12] *Report of the International Law Commission on the Work of its Sixty-third Session*, cit., pp. 69-70, par. 5.

[13] Per questa osservazione si veda M. FORTEAU, *Régime général de responsabilité ou* lex specialis?, in *Revue belge de droit international*, 2013, p. 149.

plicazione delle regole generali di responsabilità nei rapporti tra l'organizzazione e Stati o altri soggetti che non ne sono membri.

L'altra questione tocca un profilo di portata più generale, che riguarda la rilevanza di un regime generale di responsabilità delle organizzazioni internazionali come strumento di controllo e di garanzia nei confronti dell'operato delle organizzazioni[14]. Accanto alla critica che varie organizzazioni e alcuni Stati hanno mosso, nel corso dei lavori della Commissione di diritto internazionale, contro la possibilità di ricostruire un regime generale di responsabilità delle organizzazioni se ne aggiunge infatti un'altra che, in modo ancora più radicale, sembra mettere in dubbio l'idea stessa di una responsabilità internazionale delle organizzazioni. In particolare, il riferimento è a quelle tesi, che sono state avanzate anche da eminenti studiosi del diritto delle organizzazioni internazionali, secondo le quali i principi propri del diritto internazionale in tema di responsabilità – che sono stati elaborati con riguardo principalmente allo Stato sovrano e che si fondono sull'idea di un ente soggetto il quale, nella misura in cui è titolare di obblighi, è tenuto a subire le conseguenze della sua violazione – mal si adatterebbero ad essere applicate nei confronti di realtà così variegate e complesse come le organizzazioni internazionali[15]. Alla possibilità di applicare i principi della responsabilità internazionale alle organizzazioni si contrappone il ricorso a meccanismi che sarebbero comunque volti a limitare la libertà d'azione delle organizzazioni, e in questo senso ad esercitare un controllo sull'operato di queste, ma che sarebbero alternativi alla responsabilità. Si fa così riferimento vuoi ai meccanismi di *accountability* vuoi, nella prospettiva del

[14] Per un quadro sintetico ma efficace di come il problema del controllo sull'operato delle organizzazioni internazionali abbia acquisito una crescente importanza negli ultimi decenni, e dei diversi strumenti, incluse le regole in tema di responsabilità, che possono essere utilizzati a questo scopo, si veda J. KLABBERS, *Controlling International Organizations: A Virtue Ethics Approach*, in *International Organizations Law Review*, 2011, p. 285 ss.

[15] Si vedano in questo senso le critiche mosse contro il lavoro della Commissione da J. ALVAREZ, *International Organizations: Accountability or Responsibility?*, intervento fatto nel 2006 al *Canadian Council of International Law* (www.asil.org/aboutasil/documents/CCILspeech061102.pdf), p. 28: «there is considerable evidence that those who created IOs did so sometimes to immunize those organizations from traditional notions of responsibility, to create alternative mechanisms for making those IOs accountable distinct from those used for states, or, as with respect to organizations as different as the UN Security Council and the WTO Contracting Parties, to permit their collective bodies to do things that are denied to members individually». Si veda anche J. KLABBERS, *An Introduction to International Institutional Law*, 3° ed., Cambridge, p. 293: «organizations are supposed to control themselves, rather than be held accountable later on by others. As such, this may signify a move away from traditional legal thought about responsibility».

global administrative law, all'applicazione alle organizzazioni di principi di trasparenza e partecipazione modellati su quelli che si ricavano dalle esperienze nazionali in tema di controllo sull'operato delle autorità pubbliche[16].

Un regime generale di responsabilità applicabile in principio a tutte le organizzazioni, una pluralità di regimi speciali di responsabilità ritagliati sulle specificità di ciascuna organizzazione o un superamento del meccanismo tradizionale della responsabilità internazionale a favore di strumenti di *accountability* o di trasparenza amministrativa: la contrapposizione, ma anche l'interazione, tra questi tre diversi approcci costituisce la questione che il presente scritto intende esaminare. Lo scopo, in ultima analisi, è quello di interrogarsi intorno ad un tema, quello relativo alle forme di controllo sull'operato delle organizzazioni internazionali, che appare centrale per comprendere l'attuale stadio di evoluzione di questo fenomeno.

2. *L'applicabilità del regime generale di responsabilità ai rapporti tra l'organizzazione e i suoi membri*

Come si è già rilevato, gli Articoli sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali adottati nel 2011 dalla Commissione di diritto internazionale riconoscono che in principio il regime generale di responsabilità si applica anche ai rapporti tra un'organizzazione e i suoi membri. Tale soluzione è una diretta conseguenza della posizione assunta dalla Commissione in ordine alla natura delle regole interne dell'organizzazione. Il testo del 2011, pur senza prendere una posizione netta sulla natura interna o internazionale di tali regole, ammette la possibilità che queste pongano obblighi di carattere internazionale che vincolano l'organizzazione nei suoi rapporti con i membri. L'art. 10, par. 2, stabilisce che un illecito internazionale può sorgere dalla violazione «of an international obligation that may arise for an international organization

[16] Per una critica alle regole in tema di responsabilità delle organizzazioni internazionali condotta nella prospettiva del *global administrative law*, si veda quanto osservato da B. KINGSBURY, *En guise d'ouverture – Views on the Development of a Global Administrative Law*, in C. BORIES (a cura di), *Un droit admnistratif global?/A Global Administrative Law?*, Paris, 2012, pp. 16-17: «The traditional international law approach to international organization has been preoccupied with… an intense interest in their international legal responsibility that is out of all proportion to the number of situations in which such responsibility is ever seriously invoked. This legal repertoire simply does not reach much of what is important even in relation to formal inter-governmental institutions in global governance».

towards its members under the rules of the organization». Una volta che si riconosce il carattere internazionale dell'obbligo posto da una regola dell'organizzazione, la conseguenza è che il rapporto di responsabilità che sorge a seguito della violazione di un tale obbligo da parte dell'organizzazione o di uno dei suoi membri sarà disciplinato dal regime generale di responsabilità.

La posizione della Commissione su questo punto è stata criticata da quegli autori che sostengono che le organizzazioni internazionali darebbero sempre vita ad un ordinamento giuridico autonomo rispetto all'ordinamento internazionale[17]. In particolare, andando in controtendenza rispetto ad una delle critiche più frequentemente mosse nei confronti dei lavori della Commissione, alcuni autori hanno sostenuto che sul punto la Commissione avrebbe dovuto riprodurre fedelmente la soluzione accolta negli Articoli sulla responsabilità degli Stati: come in materia di responsabilità degli Stati l'ordinamento interno dello Stato è considerato un ordinamento distinto dall'ordinamento internazionale, egualmente, nel determinare l'ambito di applicazione delle regole generali sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali, la Commissione avrebbe dovuto trattare le regole dell'organizzazione come facenti parti di un ordinamento autonomo e distinto da quello internazionale[18].

Non si intende qui affrontare la dibattuta questione teorica circa la natura delle regole interne di un'organizzazione[19]. Mi sembra tuttavia che la critica ora indicata si spinga troppo in là quando pretende di descrivere la realtà delle organizzazioni come quella di enti i quali, alla pari degli Stati, sono dotati di un ordinamento proprio in grado di disciplinare autonomamente le questioni in tema di responsabilità. La verità è che sono poche le organizzazioni che hanno sviluppato al proprio interno una o più regole che disciplinano aspetti della responsabilità nei rapporti tra l'organizzazione e i suoi membri. Nella maggior parte dei casi, gli ordi-

[17] Per questa critica si veda soprattutto C. AHLBORN, *The Rules of International Organizations and the Law of International Responsibility*, in *International Organizations Law Review*, 2011, p. 451. Si veda anche P. KLEIN, *Les articles sur la responsabilité des organisations internationales: quel bilan tirer des travaux de la CDI?*, in *Annuaire français de droit international*, 2012, p. 15, ad avviso del quale «le texte adopté par la Commission paraît donc bien entretenir une confusion entre ces dimensions 'contractuelle' et 'constitutionnelle' des règles de l'organisation, en prévoyant que leur violation peut, dans les cas où elles portent une règle internationale, donner lieu à l'application d'un régime de responsabilité internationale entre l'organisation et ses membres».

[18] C. AHLBORN, *The Use of Analogies in Drafting the Articles on the Responsibility of International Organizations. An Appraisal of the 'Copy-Paste' Approach*, in *International Organizations Law Review*, 2012, p. 53 ss.

[19] Su tale dibattito si rinvia alle osservazioni del relatore speciale, G. GAJA, *Third report on the responsibility of international organizations*, UN doc. A/CN.4/553, p. 5 ss.

namenti interni delle organizzazioni si presentano come assai lacunosi e disorganici. In assenza di regole dell'organizzazione appare ragionevole guardare al diritto internazionale come ordinamento di riferimento ed applicare di conseguenza il regime generale di responsabilità. Non è chiaro, d'altro canto, quali regole diverse da quelle internazionali potrebbero altrimenti applicarsi. Una possibilità che è stata da alcuni prospettata è quella di ricostruire le regole applicabili a partire da un esame comparato dei principi in materia di responsabilità extracontrattuale comuni agli ordinamenti degli Stati membri, sulla falsariga di quanto prevede l'art. 340 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea[20]. Si tratta peraltro di una soluzione destinata a creare non poche difficoltà: la ricostruzione di principi comuni dotati di un contenuto normativo sufficientemente preciso appare possibile solo se la comparazione riguarda un numero ristretto di Stati; inoltre, non è affatto detto che principi ricavati dagli ordinamenti interni si rivelino adeguati a regolare i rapporti tra l'organizzazione ed i suoi membri.

La critica nei confronti della soluzione accolta dal progetto di articoli appare eccessiva anche perché il progetto non esclude che, in determinate circostanze, un'organizzazione possa dar vita ad un ordinamento giuridico distinto e autonomo rispetto a quello internazionale[21]. È evidente che quando tale condizione si verifica, le regole generali in tema di responsabilità internazionale non saranno applicabili. Per quanto il testo della Commissione non fornisca indicazioni sul punto, si può pensare che una situazione di questo tipo presupponga un notevole grado di sviluppo delle regole interne di funzionamento dell'organizzazione.

Se, dunque, può apparire ragionevole estendere il regime generale anche ai rapporti tra l'organizzazione e i membri di questa, tale regime è comunque destinato a cedere in presenza di regole speciali in materia di responsabilità. Nella maggior parte dei casi, tali regole speciali saranno contenute in regole dell'organizzazione. L'art. 64 del progetto adottato nel 2011 riconosce espressamente tale possibilità, prevedendo che «special rules of international law may be contained in the rules of the organ-

[20] Per un'osservazione in questo senso si veda M. FORTEAU, *op. cit.*, p. 159.

[21] Il commentario all'art. 10 precisa che tale disposizione «does not attempt to express a clear-cut view on the issue. It simply intends to say that, to the extent that an obligation arising from the rules of the organization has to be regarded as an obligation under international law, the principles expressed in the present article apply. Breaches of obligations under the rules of the organization are not as such breaches of obligations under international law». *Report of the International Law Commission on the Work of its Sixty-third Session*, cit., p. 100, par. 7.

ization applicable to the relations between an international organization and its members».

Può non essere facile accertare l'esistenza di una *lex specialis* tale da escludere l'applicabilità del regime generale. Il punto è particolarmente delicato perché, come detto, è raro che i trattati istitutivi o altre regole dell'organizzazione disciplinino in modo espresso questioni relative alla responsabilità dell'organizzazione. Ci si può chiedere se in assenza di regole espresse nei trattati istitutivi o in altri atti dell'organizzazione si debba sempre ricorrere al regime generale. L'art. 64 non fornisce indicazioni espresse sul punto, limitandosi a prevedere che il regime generale non si applica nei casi e nella misura in cui («where and to the extent that») esistono regole speciali sulla responsabilità. La stessa formula è utilizzata nell'art. 55 del testo sulla responsabilità degli Stati. Nel commentario all'art. 55 la Commissione sembra prendere una posizione piuttosto restrittiva quanto all'applicabilità delle regole speciali. Il commentario precisa che «for the *lex specialis* principle to apply it is not enough that the same subject matter is dealt with by two provisions; there must be some actual inconsistency between them, or else a discernible intention that one provision is to exclude the other»[22]. Sembrerebbe dunque che il ricorso al regime generale sia escluso solo in presenza di una regola speciale che si ponga chiaramente in contrasto con la regola generale. Questa condizione, che può essere comprensibile nel contesto delle regole in materia di responsabilità degli Stati in quanto mira ad evitare il rischio che uno Stato possa invocare l'esistenza di una regola speciale per sottrarsi alle conseguenze derivanti da un fatto illecito, può risultare eccessivamente rigorosa se applicata egualmente nei rapporti tra organizzazioni e membri. Data la particolarità del vincolo che lega l'organizzazione agli Stati membri, la dialettica tra regole generali e regole speciali dovrebbe realizzarsi sulla base di meccanismi più flessibili che consentano di tenere maggiormente conto del contesto "istituzionale" nel quale tale rapporto si sviluppa. Un'indicazione in questa direzione sembra potersi rinvenire nel commentario all'art. 64, dove si precisa che «[t]he rules of the organization may, expressly or implicitly, govern various aspects of the issues dealt with in Parts Two to Five»[23]. "Implicitly" lascia intendere che una deroga al regime generale potrebbe

[22] *Yearbook of the International Law Commission*, vol. II, part II, 2001, p. 140, par. 4. Su questo passaggio del commentario della Commissione si vedano le osservazioni di L. GRADONI, Regime failure *nel diritto internazionale*, Padova, 2009, p. 30.

[23] *Report of the International Law Commission on the Work of its Sixty-third Session*, cit., p. 111, par. 8.

essere giustificata anche in assenza di una precisa regola speciale che si ponga espressamente in contrasto con una regola generale.

Un altro dato su cui occorre insistere riguarda la nozione ampia di "regola dell'organizzazione" che è stata accolta negli articoli elaborati dalla Commissione. Si tratta di un dato che finisce per introdurre un ulteriore elemento di flessibilità nei rapporti tra regole generali e regole speciali, soprattutto se si considera che, ai sensi dell'art. 2 (b) del progetto, tale nozione include anche le regole che derivano dalla «established practice of the organization»[24]. Il riferimento alla prassi estende in modo significativo la possibilità di individuare regole speciali in tema di responsabilità. Tale riferimento è in grado di includere anche la giurisprudenza consolidata di organi giurisdizionali che operano all'interno dell'organizzazione[25]. È noto come tali organi possono contribuire alla identificazione di regole speciali operanti nei rapporti interni all'organizzazione. Si pensi, a titolo di esempio, alla giurisprudenza dell'allora Corte di giustizia delle CEE, con la quale, nel silenzio del Trattato istitutivo, si riconobbe l'esistenza di un divieto per gli Stati membri di giustificare violazioni del Trattato CEE a titolo di contromisura nei confronti dell'organizzazione[26].

L'accoglimento di una nozione ampia di regole dell'organizzazione, unitamente al riconoscimento di una possibilità di deroga al regime generale anche in assenza di un esplicito contrasto normativo, sembrano costituire adeguati correttivi alla rigidità del meccanismo della *lex specialis*. In questo senso l'art. 64 finisce per riconoscere uno "spazio normativo" sufficientemente ampio ai regimi speciali che sono destinati a regolare i rapporti all'interno dell'organizzazione.

[24] L'art. 2 (b) stabilisce che regole dell'organizzazione «means, in particular, the constituent instruments, decisions, resolutions and other acts of the international organization adopted in accordance with those instruments, and established practice of the organization».

[25] In sede di commento ai lavori della Commissione, questa interpretazione della nozione di "established practice" è stata prospettata in particolare dall'Unione europea, ad avviso della quale tale nozione «must be understood broadly as encompassing the case law of the courts of an organization». UN doc. A/CN.4/545, p. 15.

[26] Sentenza 13 novembre 1964, *Commissione c. Lussemburgo e Belgio*, *Repertorio 1964*, p. 1201.

3. *Regimi speciali di responsabilità applicabili nei rapporti tra l'organizzazione e i soggetti terzi: quale ruolo per le regole dell'organizzazione?*

Il problema della *lex specialis* si pone in termini parzialmente differenti se lo si considera con riguardo al rapporto tra un'organizzazione e i soggetti terzi. Il contesto qui non è più quello di soggetti che cooperano all'interno di un quadro istituzionale comune per la realizzazione di obiettivi condivisi. Il contesto diventa quello di un ente soggetto il quale, in una dimensione "contrattuale" e non più "costituzionale", entra in rapporto con altri soggetti sul piano internazionale.

Come già previsto dall'art. 55 del testo del 2001 con riguardo ai rapporti tra Stati, è possibile che regole speciali di responsabilità si applichino nei rapporti tra un'organizzazione e un soggetto terzo. Nella maggior parte dei casi, tali regole saranno contenute in trattati internazionali. Ciò può comportare che ad una stessa organizzazione si applichino regole sulla responsabilità diverse quando opera nell'ambito di differenti regimi convenzionali. Un'ipotesi di questo tipo è stata prospettata, per esempio, con riguardo alla questione dell'attribuzione all'Unione europea della condotta degli Stati membri. La questione nasce dal fatto che, mentre nell'ambito del sistema di soluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio vi è una tendenza ad attribuire direttamente all'Unione la condotta tenuta da organi degli Stati membri in esecuzione di atti dell'organizzazione, una diversa soluzione è stata sin qui seguita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che invece ritiene tali condotte come attribuibili allo Stato anche se adottate in attuazione di un atto dell'Unione[27]. È stato sostenuto che l'esistenza di una prassi divergente potrebbe essere spiegata, almeno in parte, alla luce delle differenze che presentano i due diversi regimi convenzionali nei quali l'Unione si trova ad operare[28].

Nulla impedisce che una regola speciale possa essere contenuta in

[27] La giurisprudenza rilevante è riportata nel commentario all'art. 64 (*Report of the International Law Commission on the Work of its Sixty-third Session*, cit., pp. 168-170, paragrafi 32-6). La Commissione evita tuttavia di prendere posizione sull'esistenza di una *lex specialis* in tema di attribuzione applicabile nei confronti dell'Unione europea. Per un esame di tale questione e una difesa della tesi che sostiene l'esistenza un regime speciale si veda F. HOFFMEISTER, *Litigating against the European Union and its member States: who responds under the ILC's draft articles on international responsibility of international organizations?*, in *European Journal of International Law*, 2010, p. 723 ss.

[28] In questo senso, P. J. KUIJPER, *Attribution, Responsibility, Remedy: Some Comments on the EU in Different International* Regimes, in *Revue belge de droit international*, 2013, p. 57 ss.

una norma internazionale avente natura consuetudinaria. L'art. 64 sembra coprire anche il caso in un cui si formi un regime speciale di natura consuetudinaria che si applica nei confronti di un'organizzazione o di una particolare categoria di organizzazioni[29]. Come già osservato, nel commentare i lavori della Commissione di diritto internazionale, l'Unione europea ha ripetutamente fatto riferimento all'esistenza di un regime speciale di natura consuetudinaria che si applicherebbe nei confronti delle organizzazioni economiche di integrazione regionale[30]. Si può discutere se esista effettivamente una regola consuetudinaria che riconosca questa particolare categoria di organizzazioni. La prassi al riguardo è assai ridotta, limitandosi essenzialmente al riferimento a tale categoria di organizzazioni contenuto in un certo numero di trattati internazionali; né è dato ricavare da questi sparsi elementi di prassi un'indicazione precisa su quale sia il regime speciale di responsabilità applicabile a tali organizzazioni. Al di là di queste considerazioni, tuttavia, ciò che qui preme sottolineare è che se norme internazionali consuetudinarie di questo tipo dovessero formarsi, esse ricadrebbero nell'ambito di applicazione dell'art. 64.

In principio, si deve invece escludere che un regime speciale di responsabilità applicabile nei rapporti tra un'organizzazione e soggetti terzi possa essere contenuto in regole dell'organizzazione. Nel commentare i lavori della Commissione di diritto internazionale alcune organizzazioni hanno finito per ammettere una tale ipotesi, sostenendo che le uniche regole in tema di responsabilità ad esse applicabili fossero quelle contenute nei trattati istitutivi o in atti dell'organizzazione[31]. Tali tesi sono difficilmente accettabili. I soggetti terzi non sono ovviamente vincolati dalle regole dell'organizzazione. Tali regole sono opponibili ai terzi solo se questi le accettano. Ammettere il contrario significa riconoscere alle organizzazioni il potere di stabilire unilateralmente le regole di responsabilità che si applicano nei rapporti con soggetti terzi. È stato osservato che il progetto della Commissione non fornirebbe una chiara indicazione su questo punto. In particolare, poiché l'art. 64 riconosce la possibilità che regole speciali di responsabilità siano contenute in regole dell'organizzazione, vi sarebbe il rischio che l'organizzazione o i suoi membri invochino regole interne per sottrarsi alla responsabilità nei confronti di

[29] *Contra* M. FORTEAU, *op. cit.*, p. 152.

[30] Si veda anche E. PAASIVIRTA, P. J. KUIJPER, *Does One Size Fit All? The European Community and the "Codification" of the Responsibility of International Organizations*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2005, p. 169 ss.

[31] Si veda la posizione espressa dal Fondo monetario internazionale, riportata *supra*, nota 8.

Stati terzi[32]. In realtà, il commentario della Commissione è chiaro nell'indicare che le regole dell'organizzazione possono stabilire un regime speciale di responsabilità solo nei rapporti tra l'organizzazione ed i membri[33]. Ciò non significa che le regole dell'organizzazione non abbiano alcuna rilevanza esterna. Alla pari delle regole interne degli Stati, anche le regole dell'organizzazione possono rilevare ai fini dell'applicazione delle regole sulla responsabilità, per esempio al fine di stabilire se un individuo o un ente è organo o agente dell'organizzazione[34]. È evidente tuttavia che una cosa è riconoscere a tali regole una rilevanza esterna in relazione a specifiche questioni; una cosa ben diversa è sostenere che le regole in tema di responsabilità possono essere decise unilateralmente dall'organizzazione e imposte ai terzi[35].

4. Le organizzazioni tra meccanismi di accountability *e sottoposizione alla responsabilità internazionale*

Come si è già osservato nell'introduzione, alcuni autori muovono una critica ancora più radicale alla pretesa di ricostruire un regime giuridico unitario di responsabilità internazionale applicabile a tutte le orga-

[32] Per l'osservazione che, «if applied to the relations between international organizations and their member States, as suggested by Article 64 of the ARIO, the use of the *lex specialis-legi generali* principle … could, for instance, be taken to imply that member States can internally, i.e. by virtue of internal rules of the organization, contract out of the general regime of international responsibility *vis-à-vis* third parties and thus avoid compliance with other international obligations», C. AHLBORN, *The Rules of International Organizations*, cit., p. 480. Questa posizione è condivisa da P. KLEIN, *op. cit.*, p. 14, e da J. D'ASPREMONT, *The Articles on the Responsibility of International Organizations: Magnifying the Fissures in the Law of International Responsibility*, in *International Organizations Law Review*, 2012, p. 26.

[33] «Given the particular importance that the rules of the organization are likely to have as special rules concerning international responsibility *in the relations between an international organization and its members*, a specific reference to the rules of the organization has been added at the end of the present article»: *Report of the International Law Commission on the Work of its Sixty-third Session*, cit., p. 70 (corsivo aggiunto).

[34] Così, per esempio, l'art. 2 (c) del progetto precisa che «organ of an international organization means any person or entity which has that status in accordance with the rules of the organization».

[35] Il punto è precisato anche nel commentario della Commissione: «The rules of the organization do not per se bind non-members. However, some rules of the organization may be relevant also for non-members. For instance, in order to establish whether an international organization has expressed its consent to the commission of a given act (art. 20), it may be necessary to establish whether the organ or agent which gives its consent is competent to do so under the rules of the organization». *Report of the International Law Commission on the Work of its Sixty-third Session*, cit., p. 70, par. 8.

nizzazioni. Contestando l'utilità di un tale regime, se non la compatibilità stessa di questo con i caratteri propri delle organizzazioni, questi autori contrappongono alle regole della responsabilità il ricorso a meccanismi alternativi di controllo sull'operato dell'organizzazione. Tra questi rientrerebbero, in particolare, le c.d. procedure di *accountability*, che perseguono l'obiettivo di imporre all'organizzazione di giustificare la propria condotta in relazione a scelte che possono toccare interessi di individui o di altri soggetti. L'*Inspection panel* della Banca mondiale o lo *Human Rights Advisory Panel* istituito nell'ambito della Missione delle Nazioni Unite in Kosovo sono spesso indicati come esempi di modelli alternativi, che avrebbero il vantaggio ulteriore di essere azionabili anche da parte di individui[36].

Sempre nella direzione di identificare forme di controllo alternative rispetto ai meccanismi che si fondono sui principi tradizionali della responsabilità internazionale, il *global administrative law* compie un'operazione ancora più radicale: alla prospettiva propria del diritto internazionale, che guarda alle organizzazioni come a soggetti titolari di obblighi e chiamati a risponderne in caso di violazione, sostituisce una prospettiva che vede le organizzazioni come autorità pubbliche sovranazionali, il cui controllo passa principalmente attraverso l'applicazione di principi di buona amministrazione, quali i principi di trasparenza e di partecipazione alle decisioni[37].

Queste posizioni colgono un elemento di verità laddove riconoscono che oggi il controllo sull'attività delle organizzazioni avviene principalmente attraverso meccanismi diversi dal ricorso al regime della responsabilità. Tornerò su questo aspetto in sede di conclusioni. Il punto che qui interessa mettere in luce è che queste tesi si prestano ad obiezioni che sono per molti versi simili a quelle che state mosse in precedenza nei confronti delle tesi che pretendono di applicare alle organizzazioni, anche nei rapporti con soggetti terzi, solo regimi speciali di responsabilità

[36] Per un esame del funzionamento dell'*Inspection panel* e dell'*Advisory panel* si vedano, rispettivamente, E. BAIMU, A. PANOU, *Responsibility of International Organizations and the World Bank Inspection Panel: Parallel Tracks Unlikely to Converge?,* in *The World Bank Legal Review*, 2011, p. 147 ss, e P. KLEIN, *Le panel consultatif des droits de l'homme (Human Rights Advisory Panel) de la MINUK: une étape dans le processus de responsabilisation des Nations Unies*?, in *Perspectives du droit international au 21e siècle - Liber Amicorum Christian Dominicé*, Leiden/Boston, 2012, p. 225 ss. Si osservi che E. BAIMU, A. PANOU, *op. cit*., p. 171, fondano la loro analisi dell'*Inspection panel* sulla premessa che «the draft articles are inadequate for an institution like the World Bank».

[37] Per una presentazione generale dell'impostazione seguita dal *global administrative law*, si vedano B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems*, 2005, p. 15 ss.

che si ricavano dalle regole stesse dell'organizzazione. Le due posizioni sono accomunate dal fatto che entrambe, all'idea di un controllo "dall'esterno" che si fondi sui principi della responsabilità internazionale, contrappongono l'idea di un controllo "dall'interno", realizzato, in una logica di autolimitazione, sulla base di procedimenti interni all'organizzazione. I meccanismi di *accountability*, che vari autori contrappongono al meccanismo tradizionale di controllo fondato sulle regole della responsabilità internazionale, sono procedure previste in genere da regole "primarie", che l'organizzazione è libera di adottare come di non adottare, e che gli Stati membri non sono tenuti ad inserire nei trattati istitutivi[38]. La tutela contro l'illecito dell'organizzazione non può tuttavia dipendere esclusivamente da procedure liberamente stabilite dall'organizzazione stessa o lasciate alla libera iniziativa degli Stati membri. Ponendo l'accento principalmente, se non esclusivamente, su meccanismi di controllo che operano all'interno dell'organizzazione, si finisce per rendere un'immagine delle organizzazioni come enti che, per loro natura, si autocontrollano, ma che non sarebbero invece passibili di un controllo dall'esterno attraverso la sottoposizione ad un regime di regole "secondarie" sulla responsabilità. A fronte di una crescente assunzione di poteri da parte delle organizzazioni e, di riflesso, di un più elevato rischio che l'attività di queste incida su diritti di altri soggetti, appare difficile pensare di poter costruire un sistema di protezione contro gli illeciti incentrato esclusivamente su meccanismi di *accountability* o sull'applicazione di principi di buona amministrazione. Se è vero che, per varie ragioni, le possibilità di far valere la responsabilità internazionale di un'organizzazione sono in molti casi assai limitate, l'esistenza di un regime generale di responsabilità internazionale costituisce una garanzia ultima contro la violazione di obblighi da parte di questi enti. D'altro canto, ammettere l'importanza dell'applicazione alle organizzazioni di un regime generale di responsabilità nulla toglie al rilievo che possono assumere i meccanismi di *accountability*. I due strumenti, contrariamente a quanto alcuni autori danno l'impressione di ritenere, sono tra loro complementari, e non alternativi: mentre il regime di responsabilità opera dall'esterno, imponendo precisi obblighi all'organizzazione che com-

[38] Per l'osservazione che i meccanismi di *accountability* sono posti da norme "primarie", si vedano L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Changing Roles of International Organizations: Global Administrative Law and the Interplay of Legitimacies*, in *International Organizations Law Review*, 2009, p. 662, e P. KLEIN, *Panels, Médiateurs et Mécanismes Informels de Controle des Activités des Organisations Internationales: Entre* Accountability *et* Responsibility, in *Select Proceedings of the European Society of International Law*, vol. 3, Oxford, 2010, p. 227.

mette atti illeciti, gli altri meccanismi operano piuttosto dall'interno, in genere attraverso l'imposizione di limiti procedurali al potere decisionale dell'organizzazione. Peraltro, proprio per il fatto che i meccanismi di *accountability* presentano caratteri diversi da quelli che sono propri del regime di responsabilità internazionale, è difficile ravvisare in tali meccanismi un regime speciale di responsabilità in grado di derogare al regime generale[39].

5. *Conclusioni*

Una delle difficoltà maggiori incontrate dalla Commissione di diritto internazionale nella ricostruzione delle regole generali sulla responsabilità delle organizzazioni internazionali è derivata dalla scarsità della prassi esistente in materia. Questo dato ha portato a mettere in discussione l'opportunità e l'utilità dell'intero esercizio intrapreso dalla Commissione. È vero, in effetti, che allo stato attuale il ricorso allo strumento della responsabilità internazionale appare destinato ad avere un ruolo limitato come meccanismo di controllo sull'operato delle organizzazioni. Ci si può interrogare sui motivi che determinano questa situazione. Questi non vanno ricercati in una pretesa incompatibilità dei principi della responsabilità internazionale con il modo di essere delle organizzazioni. Il dato può essere invece spiegato mettendolo in relazione ad altri aspetti che caratterizzano l'attuale fase di sviluppo delle organizzazioni internazionali. Le organizzazioni sono ad oggi destinatarie di un numero ridotto di obblighi internazionali. Ancora più ridotto è poi il numero dei meccanismi giurisdizionali o quasi giurisdizionali applicabili nei confronti di queste[40]. In particolare, sono praticamente assenti procedure giurisdizionali o quasi giurisdizionali azionabili da individui, ai quali peraltro è in genere preclusa anche la possibilità di far valere la responsabilità delle

[39] Si vedano tuttavia E. BAIMU e A. PANOU, *op. cit*., p. 171, i quali, riferendosi all'*Inspection panel* della Banca mondiale, osservano che «one could argue that the panel's regime constitutes *lex specialis* that, according to draft Article 63, could preclude the application of the remainder of the draft articles' provisions». Sulle condizioni in presenza delle quali si può ravvisare l'esistenza di una *lex specialis* ai sensi dell'art. 64, si veda P. BODEAU-LIVINEC, *Les faux-semblants de la lex specialis : l'exemple de la résolution 52/247 de l'assemblée générale des Nations unies sur les limitations temporelles et financières de la responsabilité de l'ONU*, in *Revue belge de droit international*, 2013, p. 117 ss.

[40] Si vedano le osservazioni in questo senso di P. KLEIN, *Les articles sur la responsabilité des organisations internationales*, cit., p. 27.

organizzazioni davanti alle giurisdizioni nazionali a causa dell'ampia immunità di cui le organizzazioni godono[41].

Il fatto che la prassi sia ancora relativamente scarsa costituisce un limite all'affermarsi di un regime generale di responsabilità internazionale applicabile alle organizzazioni. Ciò porta di riflesso ad accrescere l'importanza di meccanismi alternativi di tutela predisposti dalle singole organizzazioni, ivi inclusi i meccanismi di *accountability*, dal momento che questi finiscono in molti casi per costituire gli unici strumenti di tutela contro condotte dell'organizzazione lesive di diritti di altri soggetti. Resta tuttavia che il fatto di aver definito un regime generale di responsabilità applicabile a tutte le organizzazioni costituisce un'importante acquisizione, quanto meno sul piano dei principi[42]. Pur nella sua scarsa effettività, dovuta al permanere di ostacoli che limitano l'azionabilità della responsabilità nei confronti delle organizzazioni, lo strumento della responsabilità internazionale costituisce una garanzia contro il rischio di far dipendere la tutela dei diritti di altri soggetti esclusivamente da meccanismi liberamente predisposti da ciascuna organizzazione. Inoltre, l'aver definito un quadro generale di riferimento può contribuire ad incentivare l'applicazione delle regole di responsabilità nei confronti delle organizzazioni. I dati che emergono dalla prassi più recente sono in questo senso interessanti perché rivelano una notevole attenzione ai risultati del lavoro della Commissione di diritto internazionale[43]. Perché queste regole possano diventare uno strumento effettivo di controllo, altri passi restano tuttavia necessari, soprattutto nella direzione di sottoporre le organizzazioni a meccanismi e procedure per l'accertamento della responsabilità.

[41] Una delle conseguenze paradossali di questa situazione è che, ad oggi, le regole contenute nel progetto di articoli del 2011 sono state utilizzate principalmente in relazione a casi nei quali il ricorrente cercava di far valere la responsabilità di Stati che agivano su mandato o in esecuzione di atti di organizzazioni internazionali.

[42] Come osserva N. BLOKKER, *op. cit.*, p. 337, «the activities carried out by international organizations have become more numerous and encroach more deeply on social life, so as to make it more likely for responsibility issues to arise and more necessary to have a set of general rules in place». Nello stesso senso P. KLEIN, *Les articles sur la responsabilité des organisations internationales*, cit., p. 25.

[43] Occorre tuttavia riconoscere che la prassi in questione riguarda essenzialmente un unico problema, l'attribuzione ad una organizzazione della condotta posta in essere da contingenti militari statali nell'ambito di missioni multilaterali di pace. Un riferimento alla prassi in questione si trova nel commentario al testo di articoli del 2011, *Report of the International Law Commission on the Work of its Sixty-third Session*, cit., pp. 90-93.

LA RESPONSABILITE DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES A L'EGARD DES PERSONNES PRIVEES ENTRE EVITEMENT ET CONTOURNEMENT

Laurence DUBIN*

SOMMAIRE : 1. L'évitement de la responsabilité des organisations internationales vis à vis des personnes privées. – 2. Le contournement de la responsabilité de l'organisation au profit de la responsabilité de l'État membre.

Si la personnalité juridique internationale de l'organisation internationale est un pur produit du droit international, les contours de sa contrepartie passive, *i.e.* la responsabilité, sont encore loin d'être pleinement cernés par le droit international[1]. Il faut dire que, contrairement à la responsabilité internationale de l'État, celle-ci peut jouer sur une pluralité d'ordres juridiques, l'ordre juridique interne à l'organisation internationale, l'ordre juridique international et l'ordre juridique étatique. Bien que la responsabilité de l'organisation internationale n'ait pas grand chose à voir avec la responsabilité internationale de l'État, sa codification a été réalisée par analogie avec elle, la CDI ayant usé de la technique commode du copier-coller des Articles sur la Responsabilité internationale de l'État pour accoucher, somme toute rapidement, des Articles sur la responsabilité des organisations internationales (ci-après les « AROI »)[2].

* Professeur de droit public, Directrice du laboratoire Forces du droit, Université Paris VIII.

[1] Pour une étude plus complète, voir P. KLEIN, *Les articles sur la responsabilité des organisations internationales, quel bilan tirer des travaux de la CDI* , in *Annuaire Francaise de Droit International*, 2012, pp. 1-18; sur la polysémie de la responsabilité et de la pluralité de ses régimes, voir L. DUBIN, P. BODEAU-LIVINEC, *La responsabilité des institutions internationales dans tous ses états*, in L. DUBIN, M-C. RUNAVOT (sous la direction de), *Le phénomène institutionnel dans tous ses états, transformation, déformation ou reformation ?*, Paris, 2014, pp. 231-263. La présente étude reprend avec plus de précision l'analyse en ciblant l'articulation entre *responsibility*, *liability* et *accountability* concernant la protection des droits des personnes privées lésées par l'action des organisations internationales personnifiées, et en particulier des Nations Unies.

[2] Pour une critique radicale de cet exercice du copier-coller réalisé par la CDI, voir J.E. ALVAREZ, *International Organizations : Accountability or Responsibility* , Luncheon

Le copier-coller explique que d'une manière tout à fait déconnectée de la pratique et des contentieux multiples (et connus) dans lesquels des personnes privées ont cherché à obtenir réparation de dommages résultant d'actions décidées par les organisations, en particulier par les Nations Unies, la CDI ait fait l'impasse sur la responsabilité des organisations internationales à l'égard des personnes privées. Bien qu'elle admette qu'on ne saurait exclure que « les obligations résultant d'un fait internationalement illicite ne puissent pas être dues à des personnes ou des entités autres que des États et des organisations internationales »[3], la Commission écarte les personnes privées du cercle des bénéficiaires des obligations secondaires que son régime identifie, laissant derrière elle une véritable béance dans le régime de responsabilité des organisations.

Cet évitement de la situation des personnes privées potentiellement lésés par les actions des organisations s'explique sans doute par la volonté de la CDI de résoudre prioritairement l'autre béance laissée dans le régime général de responsabilité de l'État, ce dernier ayant été conçu « sans préjudice de toute question relative à la responsabilité d'après le droit international d'une organisation internationale ou d'un État pour le comportement d'une organisation internationale »[4].

Il va de soi que pour remédier à cette lacune, le régime général de responsabilité de l'organisation internationale devait se caler sur l'ordre juridique international dans lequel la responsabilité internationale de l'État avait été codifiée, à savoir l'ordre juridique international régissant les relations intersubjectives entre États et les relations entre ceux-ci et les organisations internationales. Pour autant, rien n'imposait que la Commission se limite à cette conception restrictive de l'ordre juridique international, évinçant de celui-ci les droits des personnes privées lésées, ni qu'elle se contente de parer aux effets (ou aux méfaits) du voile de la personnalité morale des organisations internationales permettant de disculper leurs États membres de faits illicites qui seront attribués à « leur » créature.

Destinés à étendre le régime de responsabilité objective sanctionnant les abus de pouvoirs commis par les États aux organisations

Address, Canadian Council of International Law, 35th Annual Conference on Responsibility of Individuals, States and Organizations, 27 octobre 2006, http://www.asil.org/aboutasil/documents/CCILspeech061102.ppdf. Pour la réponse à cette critique du Rapporteur général, G. Gaja, voir le compte-rendu des débats de la CDI lors de la 2932ème réunion (A/CN.4/SR.2932, 17 juillet 2007, p. 5.

[3] Rapport CDI 2011, A/66/10, Suppl. n°10, p. 130, commentaire de l'article 33 § 4.

[4] Voir article 57 des *Articles sur la responsabilité de l'État.*

lorsque sont commis des faits internationalement illicites, les AROI n'ont guère tenu compte du fait que les organisations sont des personnes morales fondamentalement différentes de la personne morale étatique[5] ; instituée *par* le droit international, pour « faire le bien » (tout au moins un bien pensé en commun par leurs créateurs), les organisations peuvent aussi « faire mal » et occasionner des dommages à des personnes privées sans disposer, comme l'État, de moyens matériels propres permettant de leur offrir une réparation.

Pour l'heure, quelques organisations, principalement les Nations Unies, ont institué des mécanismes purement internes permettant aux tiers privés d'obtenir une réparation des dommages subis selon une logique de *liability* qui n'a rien à voir avec la conception objective de la *responsibility*. Administratifs, souvent opaques, ces mécanismes, contrairement aux régimes spécifiques de responsabilité de l'État relevant du droit international des droits de l'homme mais également du droit public interne, sont loin de combler le vide laissé par le régime général de *responsibility* des organisations à l'égard des personnes privées. Contrairement à *l'hétéronomie* des États dont les abus de pouvoirs commis à l'égard des personnes privées sont cernés par des régimes spécifiques de responsabilité, *l'autonomie* des organisations internationales dès lors que sont en cause ces mêmes personnes privées semble plus préoccupante. En ayant cure des relations qui unissent les organisations aux personnes privées, la Commission laisse, en effet, aux organisations le privilège de se comporter comme des administrations libres de décider de réparer – ou pas – les dommages qu'elles peuvent causer aux personnes privées et d'aménager – ou pas – des mécanismes internes leur permettant de porter leurs réclamations. La figure d'une administration jouissant du privilège de l'exorbitance, voire de l'arbitraire, à l'égard des personnes privées fut ainsi préférée à celle d'une personne morale dotée de prérogatives de puissance publique pouvant affecter, par-delà leurs membres, la situation des personnes privées et redevables, à ce titre, d'obligations secondaires de responsabilité spécifiques.

En faisant l'impasse sur la pratique, certes opaque mais toutefois réelle, des relations[6] de responsabilité entre les organisations internatio-

[5] Sur ce point, voir spécifiquement A. PELLET, *International Organizations are definitely not States. Cursory Remarks on the ILC Articles on the Responsibility of International Organizations* , in M. RAGAZZI (ed.) *Responsibility of International Organizations, Essays in Memory of Sir Ian Brownlie*, Leiden-Boston, 2013, pp. 41-54.

[6] Comme le remarquait très justement Brigitte Stern dans les conclusions du colloque du Mans de la SFDI de 1991, « il faut considérer la responsabilité non comme

nales et les personnes privées, il n'est cependant pas dit que la CDI ait pleinement mesuré les risques qu'elle faisait encourir à l'utilité même de son régime général.

Il va de soi, en effet, que face aux insuffisances des mécanismes internes aux organisations pour réparer les dommages causés aux particuliers, ces derniers ont et auront tout intérêt à rechercher la responsabilité des États membres plutôt que celle des organisations. Ce faisant, ils pourront disposer de prétoires, celui de la CrEDH, celui du juge de Luxembourg, et bien sûr ceux des juges nationaux libérés du jeu des immunités absolues dont jouissent encore les organisations.

L'évitement par le régime général de la responsabilité de l'organisation internationale de la situation des personnes privées (I) comporte ainsi un effet *boomerang* ; destiné à disculper les membres des actions ou omissions illicites attribuables aux organisations, le régime général de responsabilité des organisations risque bien d'être contourné au profit de la bonne vieille responsabilité de l'État, fût-il membre d'organisations dotées d'une personnalité juridique autonome (II).

1. *L'évitement de la responsabilité des organisations internationales vis à vis des personnes privées*

Chronologiquement, les organisations internationales, et tout particulièrement les Nations Unies dont il sera question ici, ont commencé à envisager de répondre de leurs actes à l'égard des particuliers en développant des mécanismes de responsabilité extracontractuelle dont la clé d'entrée repose non pas sur la violation du droit international mais sur les dommages causés aux particuliers. Particulièrement opaques, ces mécanismes ont été complétés par des mécanismes d'une seconde génération relevant d'une toute autre logique celle de l'*accountability*. A travers eux, il ne s'agit plus de réparer des dommages mais d'offrir aux personnes privées des procédures administratives permettant aux organisations de tenir compte de leurs droits dans la réalisation de leurs actions.

Qu'ils relèvent de la première ou de la deuxième génération, ces mécanismes internes aux Nations Unies traduisent une réticence certaine

un état, mais comme une relation… Il n'est pas insignifiant de ce point de vue que le verbe « respondere », répondre de, qui traduit cette idée d'une relation ait préexisté au terme plus statique de responsabilité, dont les linguistes nous apprennent qu'il n'est apparu qu'au XVIIIème siècle », voir B. STERN, *La responsabilité dans le système international*, Colloque du Mans, SFDI, Paris, 1991, p. 328.

de leur part à concrétiser leur responsabilité – dans sa fonction réparatoire principale[7] – à l'égard des personnes privées. Livrées à l'obscurité de la responsabilité extracontractuelle (A) ou à l'immaturité de l'*accountability* (B), les personnes privées affectées par les actions des Nations unies apparaissent comme des administrés condamnés à subir l'exorbitance des prérogatives onusiennes.

A. L'obscurité de la responsabilité extracontractuelle

L'obscurité de la responsabilité extra-contractuelle joue à un double niveau que le régime de la CDI ne permet aucunement de lever, quand il ne l'alimente pas.

En premier lieu, le statut même des règles internes que les Nations Unies ont esquissées pour organiser leur responsabilité extracontractuelle vis à vis des particuliers interroge. Il en va ainsi de la résolution 52/247 de l'AG adoptée en 1998 destinée à s'appliquer aux « demandes d'indemnisation présentées par des particuliers pour des préjudices subis à la suite d'actes commis par des membres d'opérations de maintien de la paix ». Cette résolution limite le champ des dommages réparables, en excluant toute indemnisation pour des préjudices moraux et en plafonnant les réparations octroyées pour les autres catégories de dommages par un montant de 50.000 dollars.

Il va de soi que ces limitations vont clairement à l'encontre de l'obligation de réparation intégrale posée par la CDI dans le cadre du régime général de responsabilité objective[8]. Une première question essentielle surgit alors : ces règles limitant la responsabilité de l'organisation peuvent-elles être considérées une forme de *lex specialis* permettant à l'organisation, d'échapper à l'obligation générale de réparation intégrale dès lors que le préjudice résultant d'un fait internationalement illicite a été subi par une personne privée ? Pour jouer en tant que *lex specialis*, il semblerait logique que ces normes internes relatives à la responsabilité extracontractuelle relèvent du même régime que la *lex generalis* qui, quant à elle, prétend fonder un régime de responsabilité objective. Mais de l'exclusivité entre le régime spécifique de responsabilité extracontractuelle et le régime général de responsabilité

[7] « La responsabilité stricto sensu, par le rôle dissuasif qu'elle peut jouer auprès d'États tentés de manquer à leurs obligations et retenus de le faire par la crainte de s'exposer à une obligation nouvelle, n'a jamais eu une fonction exclusive de réparation ; c'est cependant ce qui la caractérise à titre principal », voir J. COMBACAU, S. SUR, *Droit international public*, Paris, 8ème édition, 2008, p. 523.

[8] Voir l'Article 31 des AROI.

objective, la CDI ne dit mot ; la question s'avère pourtant déterminante pour cerner le champ opératoire de la *lex specialis*[9].

Cette lacune laissée dans le régime général s'explique peut-être par la volonté de la CDI de ne pas mettre à distance la politique juridique de l'ONU signalant à ses membres qu'elle ne saurait « tout » payer quant aux dommages qui pourraient résulter de ses opérations de maintien de la paix. Cette politique s'explique par des raisons matérielles évidentes. Il semble en effet difficile d'imposer à l'Organisation, comme à l'État, une obligation de réparation intégrale, comme si elle disposait, comme l'État, de ressources propres. La CDI aurait, du reste, pu remédier à cela en obligeant les membres à contribuer à la réparation intégrale des dommages résultant des faits attribués aux organisations[10]. Au lieu de cela, elle s'est contentée de leur imposer une vague obligation de comportement les invitant à prendre toutes les mesures voulues pour que l'organisation satisfasse à ses obligations de réparation[11].

L'obscurité de la responsabilité extracontractuelle apparaît d'autant plus grande qu'il demeure très difficile de savoir si, en pratique, les rares mécanismes internes permettant aux particuliers d'adresser leur réclamation font bien application des règles internes relatives à la responsabilité extracontractuelle[12].

[9] La CDI se contente seulement de mentionner la résolution 52/247 dans la clause « sans préjudice » qui la conduit à évincer du champ des règles relatives au contenu de la responsabilité internationale les droits auxquels les personnes privées pourraient prétendre du fait des dommages résultant de faits internationalement illicites attribuables à l'Organisation, voir commentaire de l'article 33. Pour une analyse plus poussée, voir P. BODEAU-LIVINEC, *Les faux semblants de la* lex specialis *– l'exemple de la résolution 52/247 de l'Assemblée générale des Nations Unies sur les limitations temporelles et financières de la responsabilité de l'ONU*, in *Revue Belge de Droit International*, 2013, p. 127.

[10] La proposition formulée par Alain Pellet allait d'ailleurs clairement dans ce sens ; selon lui, il convenait d'inscrire dans les Articles que « the Member States of the responsible international organization shall provide the organization with the means to effectively carry out its obligations arising under the present part », voir Report of the ILC on the Work of its Fifty-ninth Session, Gen. Ass. Off. Recs, Sixty-second session, Supp. n°10 (A/62/10), 184, note 456.

[11] Selon l'article 40§2, « Les membres de l'organisation internationale responsable prennent toutes les mesures voulues, que ses règles pourraient exiger, pour donner à l'organisation les moyens de s'acquitter efficacement des obligations que lui fait le présent chapitre ».

[12] Pour en prendre toute la mesure, on peut bien sûr mentionner la manière dont les Nations Unies ont récemment refusé de donner suite à la demande d'indemnisation que deux ONGs ont déposée du fait d'une épidémie de choléra dont un rapport d'expertise établit qu'elle a sans doute été causée par la présence de contingents népalais mis à disposition de la mission onusienne en Haïti. Refusant de traiter la demande d'indemnisation qui, pourtant semblait bien relever du champ de la responsabilité

Il faut enfin rappeler que les Nations Unies n'ont jamais véritablement appliqué la section 29 de la Convention sur les privilèges et immunités de 1946 qui prévoit la mise en place, en contrepartie de leurs immunités, de mécanismes de règlement des différends permettant d'activer leur responsabilité extracontractuelle. Encore aujourd'hui, l'ONU se contente d'instituer des comités consultatifs locaux au sein de chaque opération ou mission de la paix qui traitent les demandes d'indemnisation formulées par les personnes privées. Détenant le pouvoir d'interpréter les règles internes des Nations Unies et de recommander au secrétaire général ou au contrôleur financier de l'opération la réparation qui sera éventuellement octroyée aux particuliers, ces comités ne leur garantissent aucune « des exigences minimales de justice, telles que le principe du contradictoire » ni « le moindre recours contre la décision prise à leur sujet »[13]. A ces lacunes regrettables, la CDI, une nouvelle fois, n'a aucunement cherché à remédier ; la technique du copier-coller des ARE l'ayant conduite à laisser de côté, comme pour la codification de la responsabilité de l'État, « les questions relatives aux recours qui peuvent être disponibles pour mettre en œuvre la responsabilité internationale »[14].

L'obscurité dans laquelle joue la responsabilité extracontractuelle des Nations Unies pourrait-elle être palliée par les mécanismes d'*accountability* permettant de tenir compte des droits des particuliers affectés par leurs actions? L'expérience du panel consultatif de la MINUK est à cet égard intéressante.

*B. L'immaturité des mécanismes d'*accountability

Créé par un règlement de la MINUK adopté en 2006 et entré en fonction en 2008, le panel consultatif est confronté à une charge de travail significative de l'intérêt des particuliers à ce que des mécanismes leur permettent de s'adresser directement à l'Organisation lorsqu'elle agit temporairement comme « un substitut de l'État »[15]. Au total saisi de

extracontractuelle, pour des raisons obscures de « Policy » avancées par conseillère juridique de l'organisation, cet épisode ne fait que montrer, de manière paroxystique, la réticence des NU à mettre en place des « modes de règlement appropriés » pour concrétiser leur responsabilité extracontractuelle. Sur cette question, voir tout particulièrement F. Mégret, « La responsabilité des Nations Unies au temps du choléra », http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id+2242902.

[13] P. KLEIN, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*, Bruxelles, 1998, p. 265.

[14] Rapport CDI 2011, A/66/10, Suppl. n°10, p. 141.

[15] Le Panel est ainsi compétent pour « juger » des faits qui ont eu lieu sur le

527 requêtes, le panel est encore en charge du traitement de 185 requêtes pendantes.

Il reste que, même lorsque l'ONU agit comme un substitut de l'État, elle s'avère extrêmement réticente à se reconnaître débitrice d'obligations secondaires de réparation quand bien même le panel aurait établi – en droit – qu'elle aurait violé des obligations primaires résultant des droits fondamentaux des particuliers.

Investi d'une fonction consultative, et non juridictionnelle, le panel a compétence pour examiner les réclamations de particuliers ou de groupes de particuliers s'estimant victimes d'une violation par la MINUK des Pactes relatifs aux droits de l'homme et plus singulièrement de la convention européenne des droits de l'homme[16]. A l'issue de son examen, le panel adopte des recommandations dans lesquelles il établit si des violations ont été commises et préconise des mesures concrètes de réparation. Le Panel adresse ces recommandations au Représentant spécial du secrétaire général, chef de la MINUK, qui détient le pouvoir discrétionnaire de suivre les obligations secondaires de responsabilité recommandées par le panel en adoptant une décision qu'il adressera aux particuliers.

territoire kosovar après le 23 avril 2005 ou auparavant mais à la condition qu'ils caractérisent une violation continue des droits de l'Homme (Section 2) et que la requête soit déposée avant le 30 mars 2010. Comme le note Marjorie Beulay, « cette limitation de la compétence ratione temporis s'explique difficilement quant à son point de départ – qui exclut notamment les affrontements ethniques du 17 mars 2004 – mais trouve plus de justification quant à son point final dans la mesure où aujourd'hui la MINUK ne dispose plus que de compétences subsidiaires alors que la mission européenne dispose des compétences principales », voir M. BEULAY, *Human Rights Advisory Panel : la décision Ba c/MINUK, illustration du sérieux d'une solution initialement cosmétique*, *La Revue des droits de l'homme*, CREDOF, http://revdh.org/2013/04/24/human-rights-advisory-panel-minuk-serieux-cosmetique.

[16] Sa fonction est ainsi venue lever les ambiguïtés quant au droit opposable à la MINUK dans le cadre de ses pouvoirs d'administration (le règlement de la MINUK définissant le droit applicable au territoire ne spécifiait pas explicitement si, en tant qu'autorité publique, la MINUK était liée par les conventions internationales relatives aux droits de l'homme). Le règlement n° 1999/1 du 25 Juillet 1999 dispose, en effet, que « dans l'exercice de leurs fonctions, toutes les personnes assumant des fonctions publiques ou occupant une charge publique au Kosovo respectent les règles internationalement reconnues en matière de droits de l'homme », UNMIK/REG/1999/24, 12 décembre 1999, tel qu'amendé par UNMIK/REG/2000/59, 27 octobre 2000, section 1.3. Par ailleurs l'ambiguïté avait été entretenue par certaines prises de position pour les autorités de la mission, aux termes desquelles celle-ci n'était pas liée en tant que telle par des instruments comme la Convention européenne des droits de l'homme ou les Pactes internationaux de 1966 ; voir, pour plus de détails, C. STAHN, *The Law and Practice of International Territorial Administration*, Cambridge, 2008, p. 484 ainsi que I. PREZAS, *L'administration de collectivités territoriales par les Nations Unies*, Thèse, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2007, p. 342.

La mise en place de ce panel, bien que dépourvu de tout pouvoir de décision, a engendré un véritable « choc culturel » pour reprendre l'expression de Pierre Klein[17]; pour la première fois de sa vie l'ONU est clairement envisagée comme pouvant être directement débitrice d'obligations secondaires de responsabilité à l'égard de personnes privées du fait de l'obligations primaires de comportement relatives aux droits fondamentaux. Le choc culturel explique peut-être les résistances de la MINUK et, plus encore de son représentant spécial, pour limiter sinon l'office, tout au moins l'efficacité, du panel. Pour commencer, le Représentant spécial ignore très souvent les mesures concrètes de réparation préconisées par le panel en adoptant des décisions laconiques, se contentant d'exprimer les profonds regrets que la MINUK ait porté atteinte aux droits des requérants. Mais la résistance du Représentant spécial a sans doute atteint son comble lorsqu'il décida de concurrencer l'office du panel en le conditionnant par l'utilisation préalable des mécanismes de première génération reposant sur la responsabilité extracontractuelle. Ainsi, en 2009, la MINUK adopta une directive administrative[18] prévoyant que la recevabilité des requêtes dépendra de la saisine préalable du Comité consultatif local de la MINUK compétent au titre de la responsabilité extracontractuelle[19].

Les membres du Panel ont néanmoins fait montre d'une pugnacité certaine pour sauvegarder leur fonction. Ainsi, ont-ils considéré que le fait qu'une personne privée ait été indemnisée *ex gratia* par l'ONU[20]ou bien encore qu'une personne ait signé une décharge négociée dans le cadre de la procédure de responsabilité extracontractuelle menée devant le comité consultatif local, ne saurait empêcher le panel d'exercer sa compétence consistant à établir des violations commises par la MINUK

[17] Expression empruntée à Pierre Klein dans son article *Le panel consultatif des droits de l'homme (Human Rights Advisory Panel) de la MINUK : une étape dans le processus de responsabilisation des Nations Unies ?*, in M. KOHEN, R. KOLB, D. L. TEHINDRAZANARIVELO (ed.), *Perspectives du droit international au XXI*^{ème} *siècle*, Liber amicorum *Christian Dominicé*, Leiden-Boston, 2012, pp. 225-255.

[18] Voir la directive Administrative n°2009/1 du 17 octobre 2009, Section 2, §2.2

[19] La subordination du Panel – le contrôleur – à la MINUK – le contrôlé – apparaît d'autant plus flagrante que les décisions de recevabilité du Panel peuvent être révisées par la MINUK qui peut très bien déqualifier l'appréciation du Panel quant à la recevabilité des requêtes afin de les réorienter vers les procédures administratives prévues par le Règlement 2000/47 de la MINUK.

[20] « The procedural duty under Articles 2 and 3 of the ECHR cannot be considered satisfied by the payment of sums of money, as compensation for the pecuniary damage suffered by the victims and their family », HRAP, *Balaj and Others*, n°07/07, décision du 11 mai 2012, voir sur le site du Panel www.unmikonline.org.

des conventions protectrices des droits de l'homme[21]. Enfin, le panel n'hésita pas à recommander que des compensations financières soient versées au requérant, y compris pour des dommages moraux[22], remisant ainsi la résolution 52/247 dans une conception stricte de la responsabilité extracontractuelle[23] (*i.e.* dont le fait générateur n'a pas à être constitué par l'illicite).

Bien que ses recommandations ne soient pas suivies d'effet obligatoire, la façon dont le panel a envisagé l'articulation entre la responsabilité internationale pour faits illicites et la responsabilité extracontractuelle tranche avec la frilosité avec laquelle la CDI l'a escamotée. Contemporaine de son exercice de codification, la « jurisprudence » du Panel aurait pourtant permis de la nourrir et vient relativiser l'argument souvent avancé par le rapporteur d'un manque de pratique concernant la responsabilité des organisations. Il n'est cependant pas dit que cette attitude d'évitement des relations de responsabilité résultant des pouvoirs que les organisations internationales peuvent posséder à l'égard des particuliers ne se retourne pas contre le régime esquissé par la CDI, ce dernier pouvant pâtir de stratégies judiciaires destinées à contourner la responsabilité de l'organisation au profit de celle de ses État membre.

[21] Cette interprétation donnée par le panel contredisait alors directement la position du chef de la MINUK qui avait fait savoir que la décharge signée dans le cadre de la procédure administrative onusienne prévue pour les tiers rendrait toute nouvelle requête formulée par le même plaignant irrecevable.

[22] Ainsi, dans le cas Felegi, où le Panel recommanda d'accorder au requérant une compensation du fait de la violation de l'article 6 de la CEDH, le représentant spécial se borna à préciser au requérant que : « In relation to the Panel's recommendation to award adequate compensation to the Complainants, the Panel is aware that current United Nations General Assembly instructions on compensations do not permit the United Nations Organization and its missions to pay compensation other than for material damage or physical harm. Consequently, UNMIK is not in a position to pay any compensation for human rights violations that may have occurred in these matters. UNMIK will continue to draw the attention of the United Nations General Assembly to the need for a review of the current compensation rules, which exclude payment of compensation for non-pecuniary damage », Rapport annuel du Panel 2012, § 90, voir sur le site de la MINUK, www.unimikonline.org.

[23] Il reste que les tentatives du Panel, organe purement consultatif et subordonné à l'organe contrôlé – la MINUK – pour s'émanciper de cette dernière et envisager pleinement sa responsabilité, semblent vaines tant que le pouvoir ultime de concrétiser la responsabilité appartient au Représentant spécial. Ce dernier n'hésita pas à convoquer la résolution de l'assemblée générale 52/247 pour décider de ne pas donner suite aux opinions du panel recommandant à la MINUK d'accorder une réparation pour les dommages moraux subis par les personnes affectées par ses actions.

2. *Le contournement de la responsabilité de l'organisation au profit de la responsabilité de l'État membre*

Deux catégories des règles générales esquissées par la CDI doivent être tout particulièrement analysées pour comprendre comment le contournement de la responsabilité de l'organisation au profit de la responsabilité de l'État peut opérer.

Les premières ont trait aux règles relatives à l'attribution des violations aux organisations. Dotées d'une plasticité évidente, ces règles ne permettent aucunement d'hypertrophier la personnalité de l'organisation au point de phagocyter celle de l'État pris en sa qualité de membre. A rebours des fameuse décisions Behrami et Saramati de la CEDH, la CDI n'a aucunement envisagé que les États membres soient dégagés de toute responsabilité et considérés comme de simples délégataires de l'ONU à laquelle ils auraient intégralement transféré leur compétence au nom de l'intérêt public supérieur de la sécurité collective et du maintien de la paix. Même lorsque les États mettent à disposition leurs propres organes pour participer à des opérations de maintien de la paix, la CDI a considéré qu'ils peuvent se voir attribuer des faits illicites dès lors qu'il serait établi qu'ils n'ont pas complètement perdu le contrôle des opérations[24].

En plus des interstices laissés dans les règles d'attribution permettant d'attribuer non pas à l'Organisation mais aux États membres

[24] Sur ce point, la littérature est pléthorique, voir plus spécifiquement P. JACOB, *Les définitions des notions d'organe et d'agent retenues par la CDI sont-elles opérationnelles?*, in *Revue Belge de Droit International*, 2013, pp. 17-45. La pratique, pour sa part, tend à brouiller encore plus les catégories d'organes et d'agents ; on peut mentionner à cet égard la décision rendue par les juridictions néerlandaises dans les affaires *Nuhanovic* et *Mustafic-Mujic* (arrêts de la Cour de District de la Haye du 10 septembre 2008, de la Cour d'appel du 5 juillet 2011 et de la Cour suprême du 6 septembre 2013, consultables en anglais sur le site de l'Asser Institut, http://www.aser.nl/default.aspx?site_id=36&level1=15246). En dernière instance, le juge néerlandais a considéré que le contrôle effectif de l'ONU sur les opérations menées par le contingent néerlandais (*Dutchbat*) de la FORPRONU ayant provoqué l'assassinat de civils par les forces armées de la République Srpska dans le cadre du génocide de 1995 n'étant pas prouvé, les faits pouvaient être attribués aux Pays Bas. De manière remarquable, le juge néerlandais n'a pas usé du contrôle effectif comme critère répartiteur lui permettant d'engager la responsabilité des Pays Bas à l'exclusion de la responsabilité de l'ONU. Faute de pouvoir identifier des instructions émanant de l'État d'origine ou de l'ONU et tendant à ce que le comportement spécifiquement en cause soit commis, le juge néerlandais a considéré qu'il devait être attribué conjointement à ceux qui étaient en mesure, aussi bien en droit qu'en fait, de le prévenir car ils exerçaient un contrôle effectif sur les agents au moment pertinent.

des faits illicites résultant d'actions décidées par elle, la CDI a par ailleurs prévu une seconde catégorie de règles permettant encore d'engager la responsabilité de l'État membre à raison du comportement de l'organisation. C'est sur cette dernière catégorie de règles qu'il convient de s'attarder davantage.

A l'analyse, celles-ci apparaissent difficilement praticables. Toutes impliquent en effet de lever le voile de la diplomatie multilatérale et de distinguer le comportement du « bon membre » qui ne fait que se conformer aux règles de l'organisation de celui qui les utiliserait à mauvais escient pour faire de l'organisation un sujet d'imputation autonome commode le libérant de ses propres obligations. En introduisant un critère subjectif tenant à l'intention fautive qui anime les États membres pour engager leur responsabilité, la CDI s'est ainsi affranchie des vertus simplificatrices de la conception objective de la responsabilité qui ne semblaient plus avoir à être discutées.

Du reste, il n'est pas dit que la CDI n'ait pas eu conscience des difficultés que susciterait l'application des règles relatives à l'attribution de la responsabilité de l'État à raison du comportement de l'organisation[25]. Ainsi, la CDI a-t-elle pris soin (mais le voulait-elle vraiment ?) de laisser une béance dans son régime général qui vient faire miroir par rapport à celle laissée par l'article 57 du régime général de responsabilité de l'État. Celle-ci se situe à l'article 58 des AROI. Selon ce dernier, le fait qu'un État membre ne puisse voir sa responsabilité engagée lorsqu'en apportant son aide à l'organisation, il a agi conformément aux règles de l'organisation, ne signifie pas qu'il serait autorisé à enfreindre ses obligations internationales. Au contraire, « si une violation d'une obligation internationale est commise par un État membre au titre du comportement de l'organisation internationale, cet État engagerait sa responsabilité internationale non pas en vertu des AROI mais en vertu des articles sur la responsabilité de l'État »[26].

Au vu de la pratique des juridictions, notamment de la CEDH mais aussi du Comité des droits de l'homme, la béance, loin d'être inutile, apparaît au contraire particulièrement investie. Démonétisant le régime général de responsabilité des organisations, les juridictions n'hésitent pas à s'engouffrer dans une approche radicalement dualiste des personnalités

[25] Sur ce point, voir C. SANTULLI, *Retour à la théorie de l'organe commun. Réflexions sur la nature juridique des organisations internationales à partir du cas de l'Alba et de la Celac, comparées notamment à l'Union européenne et à l'ONU, in Revue Générale de Droit International Publique*, 2012/3, pp. 565-578.

[26] Paragraphe 5 du commentaire de la CDI à l'article 58 des AROI.

(et des responsabilités) en cause pour engager la seule responsabilité des États membres.

L'approche a été initiée par le juge de Luxembourg dans l'arrêt détonateur, rendu le 3 septembre 2008, qui n'hésita pas à exercer sa juridiction pour contrôler un règlement pris en application d'une résolution du Conseil de sécurité à l'aune des principes constitutionnels de l'Union ; le deuxième arrêt Kadi, rendu le 18 juillet 2013, confirme la ténacité du juge européen puisqu'il a décidé qu'il continuera de contrôler, et ce de manière pleine et entière (ce que lui déconseillait l'avocat général Yves Bot), les mesures d'exécution des sanctions intelligentes tant que les procédures de radiation et de révision des sanctions prévues par le Conseil de sécurité n'offriront pas les garanties d'une protection juridictionnelle effective. Non sans audace, le juge de Luxembourg parvient ainsi à contrer l'exécution des sanctions imposées par le Conseil de sécurité au plan européen et à « neutraliser l'article 103 » tout en trouvant dans le dualisme des ordres juridiques l'excuse toute théorique puisqu'en exerçant son contrôle, le juge européen – nous dit-il dans le premier arrêt Kadi – ne remet aucunement en question, « au plan du droit international »[27], la primauté des résolutions du Conseil de sécurité[28].

L'approche du juge européen, permettant de « tuer l'article 103 »[29], n'a pas été répliquée avec autant de radicalité par les autres juridictions saisies d'actes nationaux décidés en application des résolutions du Conseil.

Toutes ont plutôt choisi de composer avec l'article 103 pour en déjouer l'effet, *i.e.* disculper l'État de n'avoir pas honoré ses obligations souscrites à l'extérieur de l'ONU lorsqu'il s'acquitte des obligations résultant de résolutions du Conseil de sécurité.

Pour l'heure, elles ont usé de deux stratégies interprétatives[30].

[27] CJCE, 3 septembre 2008, *aff. jtes, C-402/05P et C-415/05 P, Kadi et Al Barakaat,* § 288.

[28] Cette précision plaçait le juge européen dans une posture dualiste, qui rappelle des prises de position bien connues des juridictions nationales, comme celle développée par le Conseil d'État dans le fameux arrêt *Sarran* selon laquelle le fait que la supériorité des traités ne joue pas intégralement dans l'ordre interne n'exclut pas qu'elle ait cours dans l'ordre international.

[29] En référence au poème de James Crawford *Kadi and Article 103*.

[30] Sur les stratégies interprétatives, voir pour un autre point de vue, R. RIVIER, *Les maîtres dualistes et la Cour européenne des droits de l'homme, quel lien de filiation ? A propos du dualisme des origines, de ses dérivés et de ses applications* , in *Unité et diversité du droit international, écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy,* Leiden-Boston, 2014, pp. 321-355.

(i). Une première stratégie, la moins conflictuelle à l'égard des Nations Unies, consiste à « désamorcer » le conflit entre les obligations imposées par ses résolutions et les obligations souscrites par ailleurs par les États membres pour protéger les droits fondamentaux. Cette stratégie fut celle de la CEDH dans l'affaire Al Jedda[31].

L'exégèse de la résolution du Conseil de sécurité (en l'occurrence la résolution 1546) l'a conduite à considérer qu'elle n'obligeait en aucune manière, que ce soit « expressément ou implicitement » le Royaume-Uni à incarcérer, sans limitation de durée ni inculpation, un individu qui, selon les autorités, constituait un risque pour la sécurité en Irak, le Royaume-Uni pouvait donc sans difficulté voir sans sa responsabilité engagée au titre de la Convention européenne[32]. Au-delà du cas d'espèce, la Cour envisagea d'établir une présomption selon laquelle « lorsque doit être interprété une résolution du Conseil de sécurité, il faut présumer que celui-ci n'entend pas imposer aux États membres une quelconque obligation qui contreviendrait aux principes fondamentaux en matière de droits de l'homme »[33].

Rapidement, la présomption s'est avérée inutile face aux résolutions relatives aux sanctions intelligentes dont l'exécution affecte *ipso facto* la jouissance de bon nombre de droits fondamentaux (le droit de propriété du fait de la confiscation des avoirs, le droit de circuler du fait des interdictions d'entrée et de transit sur les territoires des États, le droit à la protection contre les atteintes à la réputation et bien sûr le droit à un recours juridictionnel pour contester le bien fondé d'une sanction). Une deuxième stratégie pour contrer le jeu de l'article 103 a alors consisté à investir la marge nationale d'appréciation de l'État, en d'autres termes le pouvoir qui lui reste en propre, de protéger les droits fondamentaux lorsqu'il exécute, dans son ordre juridique interne, les sanctions intelligentes décidées par le Conseil de sécurité.

(ii). Cette deuxième stratégie interprétative permettant encore de déjouer l'article 103 apparaît au travers des jurisprudences Sayadi du Comité du Pacte[34] et Nada de la CEDH[35].

Il n'est cependant pas dit qu'une telle stratégie soit longtemps tenable. Fonctionnelle, la marge nationale d'appréciation permet bien sur

[31] CrEDH, *Al Jedda c/Royaume-Uni*, Requête n°27021/08, arrêt du 7 juillet 2011.
[32] Point 109 de l'arrêt.
[33] Point 102 de l'arrêt.
[34] Comité des droits de l'homme, CCPR/C/94/D/1472/2006, 9 décembre 2008, communication n°1476/2006.
[35] CrEDH, *Nada c/Suisse*, Requête n°10593/08, Grande chambre, 12 septembre 2012.

de lever l'obstacle de l'incompétence des juridictions à l'égard des Nations Unies. Mais elle peut aussi s'avérer artificielle et travestir la réalité du pouvoir. Certains juges ayant tranché les affaires Sayadi et Nada n'ont d'ailleurs pas caché leur gêne à « charger » de la sorte l'État membre des Nations Unies au titre de l'infime marge d'appréciation qu'il lui restait[36], d'autres ont même considéré qu'elle était tout bonnement inexistante[37].

Une troisième stratégie pourrait alors être utilisée par les juridictions et consisterait à emprunter l'approche Bosphorus (dans sa dimension négative) permettant d'engager la responsabilité de l'État membre alors même qu'il ne dispose d'aucune marge d'appréciation pour exécuter les décisions du Conseil de sécurité, et ce du fait de l'absence d'équivalence de la protection des droits fondamentaux garantie par l'Organisation.

Un arrêt récent de la CEDH, *Al-Dulimi et Montana Management c. Suisse*, du 26 novembre 2013, non définitif puisqu'il fait a fait l'objet d'un renvoi devant la Grande Chambre, montre qu'elle pourrait user de cette stratégie. Dans cette affaire, la Cour a d'abord considéré qu'il n'existait aucune procédure au sein des Nations Unies permettant à la personne visée de lui garantir un recours pour contester le bien fondé de la sanction qui la visait. Du fait de l'absence d'équivalence entre la protection offerte par les Nations Unies et celle prescrite par la Convention, la Cour décida que la Suisse devait engager sa

[36] Ainsi, dans l'affaire Sayadi, Sir Nigel Rodley, dans une opinion individuelle remarquable, considéra que le Comité place les États parties « dans la position peu enviable d'avoir à réaliser de difficiles exercices d'interprétation ou même de contestation de la validité des dispositions des résolutions du Conseil de sécurité quand ils doivent déterminer quelles mesures législatives ou exécutives ils doivent prendre », voir Opinion individuelle précité de Sir Nigel Rodley. Dans l'affaire Sayadi, c'est finalement au regard des droits substantiels prévus par le Pacte à l'article 12 (droit de circuler) et à l'article 17 (droit à la protection contre les atteintes à l'honneur et à la réputation) que le Comité a considéré que la Belgique avait méconnu ses obligations.

De même, dans l'affaire Nada, quatre juges soulignaient dans leurs opinions qu'il était extrêmement contestable de considérer que la Suisse jouissait d'un pouvoir discrétionnaire dans l'exécution des résolutions du Conseil de sécurité.

[37] En condamnant la Suisse pour avoir violé l'article 8 et, surtout, l'article 13 de la CEDH exigeant qu'un recours devant une instance nationale soit ouvert à tout individu qui prétend de manière défendable avoir fait l'objet d'une violation de la Convention, parce que le requérant n'avait eu « aucun moyen effectif de demander la radiation de son nom de la liste annexée à l'ordonnance sur les Taliban » devant les juridictions helvétiques (Voir *Nada c. Suisse*, arrêt du 12 septembre 2012, requête n° 10593/08, par. 213), la Cour jette un voile sur le fait, invoqué par le Tribunal fédéral helvétique, qu'il n'était pas dans son pouvoir de « lever pour non-respect des droits de l'homme les sanctions prises contre le requérant » (Ibid., par. 210), ce pouvoir appartenant au seul Comité de sanctions.

responsabilité puisque ses tribunaux avaient refusé d'examiner le bien fondé de la confiscation des avoirs que lui imposait, pourtant de manière inconditionnelle le Conseil de sécurité. L'arrêt élude totalement de son raisonnement le jeu de l'article 103, et il conviendra d'analyser comment la Grande Chambre composera avec lui[38]. Il reviendra encore à la Grande Chambre de composer avec la décision *Mères de Sebrenica* du 27 juin 2013 dans laquelle elle a considéré que le défaut de procédures internes aux Nations Unies pour réparer les dommages causés aux particuliers du fait des carences de la FORPRONU ne saurait être imputé aux Pays Bas. L'arrêt de la Grande Chambre Al Dulimi aura alors à trancher si la Suisse aura à supporter les carences des Nations Unies et qui ont privé les requérants d'une procédure conforme à l'article 6 de la CEDH.

Au bout du compte, qu'elle consistent à charger l'État ou à le libérer lorsqu'il ne fait que s'acquitter du respect des obligations inconditionnelles du Conseil de sécurité, les options qui s'offrent à la Cour s'avèrent guère satisfaisantes que ce soit vis à vis des États membres des Nations Unies qui sont parties à la Convention européenne ou des personnes privées. Elles conduiront peut-être les États membres à exercer davantage de pression pour que les Nations Unies adoptent des procédures qui permettent de concevoir les personnes privées comme des administrés dotés de droits fondamentaux et pouvant, à ce titre, bénéficier d'obligations secondaires de responsabilité. Alors l'acte I de la responsabilité des organisations internationales pourra véritablement commencer sans néanmoins trouver dans le régime général codifié par la CDI la moindre règle pour l'orchestrer. Mais à rebours de cet hypothétique acte I, l'ONU veillera peut-être à investir les États membres d'une marge d'appréciation ou de contrôle dans la réalisation de leurs missions qui permettra d'investir leur responsabilité dont on craignait pourtant, à l'aube de la codification du régime général de responsabilité des organisations, qu'ils abusent de la personnalité morale de « leur » créature.

[38] Au demeurant, la Grande chambre pourrait réinterpréter l'article 103 en insistant sur le fait qu'il prévoit la primauté des obligations *expressis verbis* « en vertu de la présente charte » ; dans la mesure où la charte contient précisément parmi ses buts la protection des droits de l'homme (article 1§3), la Cour pourrait très bien considérer que lorsque les résolutions du CS ne s'accompagnent pas de mécanismes de protection des droits fondamentaux, l'article 103 ne saurait obliger les États membres à appliquer de manière inconditionnelle les résolutions du Conseil de sécurité sans égards pour les droit fondamentaux.

LA PARTICIPATION DES ETATS AUX ORGANISATIONS INTERNATIONALES ET L'EXERCICE DU DROIT DE VOTE

Geneviève BASTID-BURDEAU*

Manque de chance, le sujet qui m'a été proposé est un sujet qui appellerait des développements énormes, c'est-à-dire qu'en abordant la participation des États aux organisations internationales et l'exercice du droit de vote, on pourrait passer en revue presque l'ensemble du droit des organisations internationales. Je vais essayer de privilégier un certain nombre de thèmes qui me paraissent appeler la discussion ou la réaction.

La participation des États, c'est naturellement un élément fondamental du statut des organisations intergouvernementales classiques et on peut dire que l'attitude à devenir membre d'une organisation intergouvernementale rentre dans les attributs de la souveraineté et d'ailleurs les États nouvellement créés ne manquent pas de revendiquer ce droit. Cette participation se continue par l'aptitude à exercer la qualité de membre, par la faculté de pouvoir se retirer d'une organisation. Par exemple, on a vu récemment l'Equateur se retirer d'une organisation internationale qui est le CIRDI.

Le droit de vote est aussi un élément essentiel du statut de membre et du fonctionnement de l'organisation internationale, mais naturellement les règles propres à l'organisation interviennent. La participation se trouve en quelque sorte au confluant des règles de l'organisation et de ce droit, qui appartient aux États, de devenir membres des organisations à condition, bien entendu, qu'ils rentrent dans les catégories prévues par la charte constitutive.

La question de la participation des États aux organisations et de l'exercice du droit de vote évoque toute sorte de question, par exemple la question de la place des États dans l'organisation. Ce sont les États qui normalement créent, gèrent et font fonctionner l'organisation. Cette question évoque également celle des structures de l'organisation, la question de la représentativité, la question des jeux de pouvoir au sein de l'organisation, la question de la composition de l'organisation internationale et la question de la prise de décisions. Comme vous voyez,

* Professeur de droit international à l'Université de Paris I, Panthéon Sorbonne.

le panorama est très large. Je voudrais essayer de sérier un peu les questions car il n'est évidemment pas possible d'envisager ce vaste programme. Je me concentrerai sur trois questions. Tout d'abord, mon premier point sera l'analyse du fait que la participation des États à l'organisation se situe à la rencontre entre un droit souverain de l'État et les règles propres de l'organisation. Dans mon deuxième point, je m'efforcerai de voir quelle est l'influence de la participation des États à l'organisation sur les structures de l'organisation. Enfin, quelques mots sur la participation des États et le fonctionnement de l'organisation.

Le premier point concerne la situation de la participation des États qui se trouve à la rencontre entre un droit des États et les règles propres à l'organisation. Première question : est-ce que la participation des États est obligatoire pour qu'il y ait une organisation internationale dotée de la personnalité juridique internationale ? La question peut paraître totalement incongrue. Tout le monde a appris depuis les premières années de droit international que ce sont les États qui, par leur volonté, créent les sujets secondaires de droit international. Donc, traditionnellement, l'organisation internationale est la personnification juridique d'un groupement d'États en vue d'une action commune, mais un exemple récent vient remettre en cause cette idée bien admise. C'est l'exemple de l'accord instituant le Consortium des centres internationaux de recherche agricole. Il s'agit d'une organisation peu connue. Cet accord instituant le Consortium a été signé le 13 septembre 2011 et il consacre la transformation du Groupe consultatif pour la recherche agricole qui avait été créé en 1971 et qui était un réseau informel de centres de recherche dans le domaine agronomique. Il s'agissait de centres de recherche du nord et du sud en vue d'améliorer la recherche agronomique et de faciliter le développement agricole des pays en voie de développement. Ce réseau qui existait depuis très longtemps a considéré à un moment donné qu'il lui fallait acquérir le statut d'organisation internationale dotée de la personnalité juridique. Donc ce réseau a élaboré des statuts dans lesquels il est dit : « Il est institué une organisation internationale dotée de la personnalité juridique » qui est donc le Consortium des centres internationaux. A ce stade, il a quand même apparu nécessaire d'insérer ce groupement dans l'ordre juridique international donc on est allé chercher à la rescousse un État. Il se trouve que la France était tout à fait ravie d'abriter une nouvelle organisation internationale. La France a donc conclu un accord instituant ce consortium qui comporte en annexe les statuts qui avaient été établis par le consortium lui-même. Il fallait aussi trouver un partenaire et il se trouve que la Hongrie a bien voulu servir de partenaire. Ce qui est tout à

fait remarquable c'est que ni cet accord ni l'annexe qui contient les statuts ne prévoient que des États vont animer cette organisation internationale. Donc cette organisation a le statut d'organisation internationale, la France a conclu un accord de siège, elle a des privilèges et des immunités, mais il n'y a pas d'États qui participent. C'est une nouveauté. Comme vous voyez on ne cesse pas d'inventer en droit international. Il s'agit évidemment d'un cas tout à fait particulier. Dans l'immense majorité des cas, la volonté des États est bien là pour créer l'organisation.

Si nous nous tournons vers le droit de participer à une organisation internationale, bien entendu ce droit est subordonné aux dispositions de la charte constitutive, mais dès lors qu'un État existe, qu'il a toutes les caractéristiques d'un État et qu'il rentre dans les catégories prévues, est-ce que cet État a le droit de présenter sa candidature ? Et quelle est la nature de ce droit ? Deux observations à ce sujet qui remontent à la pratique récente. Dans un certain nombre de cas limités, on a tendance à vérifier la qualité d'État ou à douter qu'un État, qui est pourtant reconnu par un bon nombre d'États dans la communauté internationale, puisse rentrer dans l'organisation internationale. Vous reconnaîtrez bien sûr l'exemple de la Palestine. C'est ainsi que la Palestine s'est vue qualifier d'État non membre des Nations Unies. Donc c'est quand même un État, qui n'est pas membre bien sûr, mais on est dans une situation assez particulière. Parmi les bizarreries de la pratique relative à l'admission, je rappellerai très rapidement la situation de la République de Macédoine à l'égard de laquelle la République Hellénique s'est engagée à ne pas objecter à sa candidature dans les organisations internationales dès lors qu'elle ne se ferait pas désigner selon une appellation différente de celle admise par le Conseil de sécurité dans sa résolution 817. Il s'agit d'un accord qui est tout à fait surprenant. D'abord, c'est un accord entre des fantômes. Je crois que c'est le seul traité international conclu entre des parties dont on ne sait pas le nom. Ensuite, c'est un accord par lequel un État s'engage à ne pas s'opposer à l'entrée d'un autre État dans une organisation internationale. Evidemment, cette non-opposition a des effets variables. Lorsque l'admission dans l'organisation suppose un vote majoritaire d'une assemblée générale, la Grèce n'a pas pu s'opposer à l'entrée de la Macédoine dans un certain nombre d'organisations internationales. En revanche, lorsqu'il faut un accord unanime les choses sont tout à fait différentes. En dépit du fait que la Cour a d'ailleurs déclaré que la Grèce n'avait pas respecté son obligation, la situation n'a pas changé.

J'en viens maintenant au deuxième aspect que je vous ai annoncé,

c'est-à-dire le lien entre la participation à l'organisation intergouvernementale et les structures de l'organisation. Tout d'abord, il est clair que le type de participation des États dans l'organisation est lié à la physionomie institutionnelle de l'organisation internationale. A cet égard, il existe un clivage essentiel à observer entre les organisations financières qui ont un capital et dans lesquelles la participations des États membres se fait par la souscription du capital– ce qui a des conséquences en termes de droit de vote – et les organisations que je qualifierais de type « associatif », c'est-à-dire les organisations dans lesquelles on rentre grâce à une candidature et à un vote d'admission, mais qui n'implique pas cette participation au capital. Il y a donc deux types de participation – la souscription au capital et la simple admission – qui ont des conséquences. Cette incidence du type de participation sur la physionomie de l'organisation internationale a évidemment des conséquences en ce qui concerne l'évolution de l'institution. Je ne vais pas rentrer dans les détails, mais j'évoquerai très rapidement la situation du Fond monétaire international (FMI) et les réformes en cours. Comme vous le savez, la structure institutionnelle du a été contestée depuis très longtemps étant donné le poids essentiel des États qui ont contribué à la fondation du FMI. La réponse à ces critiques passe par un changement dans la répartition du capital : il faut changer la répartition du capital pour changer l'équilibre des votes. Cela dit, ce n'est pas aussi facile à réaliser. Le 7ème amendement au statut du (FMI) a cet objectif de modifier sensiblement la structure du capital ou au moins de la faire évoluer, ce qui correspondait à la volonté manifestée par le G20. Néanmoins, ce 7ème amendement actuellement est complètement bloqué. La France ne l'a pas ratifié, le Senat américain a fait savoir qu'il n'était pas question de le ratifier, donc on se rend compte que les choses sont très difficiles.

La participation à l'organisation se traduit également dans les structures organiques internes à l'organisation. A cet égard, il faut évoquer la distinction entre les organes pléniers et les organes restreints. Les fondateurs de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) ont, au fond, évacué la distinction en dotant tous les organes, sauf l'organe d'appel, d'un caractère plénier. Tous les organes de l'OMC ont un caractère plénier et du coup la question de la participation est équivalente pour tous. Pourtant, il s'agit d'un exemple assez atypique et dans la plupart des organisations internationales pour des raisons d'efficacité on a prévu, à côté de l'organe plénier qui est évidemment inévitable, un ou plusieurs organes restreints dans lesquels se posent des problèmes de représentativité qui peuvent être la source de contestations. Comment

faire admettre que certains États ne siègent pas dans certains organes surtout quand ces organes sont dotés de pouvoirs importants de décision ? Pour faire accepter cette anomalie, contraire au principe d'égalité, il y a deux techniques qui ont été utilisées mais qui sont des palliatifs insuffisants. La première technique c'est de renouveler périodiquement la composition de ces organes de manière que les différents États aient la chance un jour ou l'autre de devenir membres de ces organes. La deuxième technique est celle qui a été utilisée au FMI et consiste à faire admettre un principe de représentation de group, c'est-à-dire que les États sont regroupés et qu'ils ont un représentant.

Le dernier point que je voudrai évoquer concerne quelques aspects des relations entre la participation des États et le fonctionnement de l'organisation internationale. Le premier aspect c'est la question de la représentativité. C'est un problème extrêmement vaste. Il y a ici des excellents spécialistes dont je ne reprendrai pas toutes les démonstrations, mais la question de la représentativité des organes se pose évidemment de manière variable selon les organisations. A l'OMC, comme je l'ai dit, la question a été évacuée du fait qu'on n'a prévu que des organes pléniers. Dans la plupart des organisations, on est confronté à cette question de représentativité et en réalité il n'y a pas vraiment de solution si ce n'est les palliatifs insuffisants que j'ai évoqués.

Je voudrais aussi évoquer la question de l'utilisation du droit de vote par les États. Il existe un pouvoir discrétionnaire des États dans l'utilisation de leur droit de vote. Les États peuvent utiliser leur droit de vote comme ils l'entendent. Ils peuvent l'utiliser ou ne pas l'utiliser. Ils peuvent faire la politique de la chaise vide, mais évidemment ça n'est pas toujours très productif, comme l'histoire du Conseil de sécurité l'a enseigné. Donc il y a une liberté de principe dans l'utilisation du droit de vote et un caractère individuel du droit de vote : chaque État décide comment il va voter pour telle ou telle décision. Une question qui pourrait être soulevée et discutée est celle de savoir si le développement de la pratique du *consensus* n'abouti pas à contourner le phénomène du vote. Le vote a une certaine majorité et l'utilisation du droit de vote par les États est pratiquée dans la perspective qu'il y aura une majorité, une minorité et des abstentionnistes. Dès lors qu'il y a un *consensus*, est-ce que l'on ne contourne pas le droit de vote et est-ce qu'on ne remet pas en cause ce droit individuel de chaque État d'exprimer sa volonté, d'être en dissidence ? C'est un problème qui se pose, mais je ne rentrerai pas dans les détails.

Je voudrais juste passer au dernier point de ma présentation, c'est-à-dire le droit de vote comme enjeu de pouvoir. Ici, je voudrais évoquer

une question qu'on n'évoque jamais quand on parle du droit des organisations internationales : le phénomène du clientélisme et l'achat des droits de vote. Je ne veux pas entrer dans trop de détails, mais il se trouve qu'il y a eu des études extrêmement précises qui ont été faites pas les chercheurs de l'Université de Göttingen sur la corrélation entre les votes au sein du Conseil de sécurité et l'octroi de prêts par le FMI à des États qui avaient été membres non permanents du Conseil de sécurité. Cette étude a été menée de manière extrêmement détaillée en étudiant un nombre très impressionnant de positions. Peut-être que d'autres études iraient en sens inverse, mais celle-ci est assez impressionnante parce qu'elle montre assez directement ce que l'on subodore, c'est-à-dire qu'il y a des phénomènes de récompense et de sanction. Les États qui votent comme les États-Unis ont toutes chances d'obtenir des prêts dans des conditions améliorées au FMI. Ceux qui votent contre, en revanche, risquent d'avoir des difficultés pour obtenir ces prêts. L'étude n'a porté que sur la corrélation entre le Conseil de sécurité et l'octroi de prêts par les organisations financières, c'est-à-dire le FMI ou la Banque Mondiale. Donc là, il y a l'instrumentalisation de deux organisations en liaison l'une avec l'autre. C'est quand même quelque chose d'assez inquiétant. Cette étude ne porte pas du tout sur les avantages qui seraient procurés par certains États à d'autres membres de l'organisation pour orienter le droit de vote, c'est-à-dire des prêts directs ou des facilités diverses et variées, mais je trouve que c'est une question qu'il ne faut pas complètement occulter.

Pour conclure, je reviendrai à mon idée que la participation des États dans les organisations internationales et leur droit de vote se trouvent au confluant de leur souveraineté et des règles de l'organisation. Bien sûr, la souveraineté et l'égalité, qui sont des concepts juridiques, ne permettent pas d'effacer les différences et les rapports de puissance économiques et politiques. L'instrumentalisation par les États de leur droit de vote et de leur participation est sans doute inévitable, mais à mon avis ça ne devrait pas dépasser un certain seuil parce que, certes, les organisations internationales sont entre les mains des États qui les ont créées et il y a ces rapports de puissance, mais le risque de modification des rapports de puissance existe et il commence d'ailleurs à se faire sentir. Les abus et les pratiques clientélistes risquent, d'abord, de polluer le fonctionnement des organisations internationales et d'avoir des conséquences qui ne sont peut-être pas calculables.

IL SISTEMA DI VOTO NEL CONSIGLIO DI SICUREZZA E IL RUOLO DELL'ASSEMBLEA GENERALE

Antonietta DI BLASE*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I lavori per la riforma del Consiglio di sicurezza e il ruolo dell'Assemblea generale. – 3. La questione della maggioranza richiesta in Assemblea generale per le delibere riguardanti la composizione e il sistema di voto del Consiglio di sicurezza. – 4. Prospettive di ridimensionamento del ricorso al veto da parte dei Membri permanenti per le delibere ex cap. VI della Carta. – 5. L'erosione delle prerogative dei Membri permanenti in materia di partecipazione di Stati all'ONU. – 6. L'impatto della "*Responsibility to Protect*" sulle modalità di voto in Consiglio di sicurezza. – 7. Il ridimensionamento del primato del Consiglio di sicurezza rispetto all'Assemblea generale nel campo del mantenimento della pace in caso di mancanza di unanimità dei Membri permanenti. – 8. La modifica del sistema di voto nell'Assemblea generale, quale utile contrappeso al Consiglio di sicurezza in vista di un rafforzamento del ruolo delle Nazioni Unite.

1. *Premessa*

La spinta iniziale alla base della creazione delle grandi organizzazioni internazionali nel secondo dopoguerra, che ha visto l'emergere di una loro personalità distinta da quella degli Stati, si è accompagnata alla scelta generalizzata della regola della maggioranza, in sostituzione della regola dell'unanimità in vigore nelle istituzioni tecniche create alla fine del XIX secolo (ITU, UPU) e nella Società delle Nazioni: si è voluto in tal modo assicurare la funzionalità e l'efficacia dell'azione dell'organizzazione e impedire che pratiche ostruzionistiche ne potessero bloccare il funzionamento[1].

La Carta ha previsto la regola della maggioranza sia nell'Assemblea generale (maggioranza semplice per le delibere su questioni di ordine procedurale e di due terzi per le delibere su questioni sostanziali), sia nel Consiglio di sicurezza (nove voti su quindici): tuttavia, in base all'art. 27, par. 3, della Carta, per le decisioni del Consiglio di sicurezza su que-

* Ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi Roma Tre.

[1] Cfr. G. BARTOLINI, *Article 5*, in R. KOLB (a cura di), *Commentaire du Pacte de la Société des Nations*, Bruxelles, 2014 pp. 205-274.

stioni sostanziali è necessario il voto favorevole di tutti i Membri permanenti. Pertanto, il Membro permanente può con il suo voto negativo impedire l'adozione di delibere che non siano di ordine procedurale. Si riproduce dunque la regola dell'unanimità, sia pure ristretta al nucleo dei cinque Membri permanenti, disegnando un direttorio fondato sulla rispettiva capacità strategica e militare e sul ruolo svolto all'epoca della formazione dell'ONU.

Come ha messo in rilievo Michel Virally nel 1972, il veto assicura l'eguaglianza tra i cinque e previene il coinvolgimento dell'ONU in un conflitto tra le Grandi potenze; in tal senso «…le veto est donc aussi une garantie pour l'ensemble des membres de l'Organisation…la Charte préfère l'inaction de l'Organisation, le non-accomplissement de ses responsabilités dans une crise donnée, à une action susceptible de mettre l'ONU en conflict avec l'un des Cinq»[2].

Anche ai fini dell'introduzione di eventuali emendamenti alla Carta o della sua revisione viene privilegiata la posizione dei cinque Membri permanenti. Infatti la Carta richiede che nella maggioranza dei due terzi degli Stati che ratificano le modifiche approvate in Assemblea o da una Conferenza generale figurino tutti i Membri permanenti (artt. 108 e 109). Tale regola ha di fatto impedito l'adeguamento delle norme della Carta alla mutata composizione della base sociale delle Nazioni Unite, se si fa eccezione per la limitata revisione avvenuta nel 1963[3].

Il privilegio assicurato ai cinque Membri permanenti indebolisce l'idea dell'organizzazione come ente distinto dagli Stati che la compongono e può nuocere al perseguimento degli obiettivi statutari, avvantaggiando i Membri che, per la loro posizione privilegiata sul piano strategico ed economico, sono in grado di controllare il processo di adozione delle delibere e indirizzarlo secondo i propri interessi.

La composizione ed il sistema di votazione in vigore nel Consiglio di sicurezza dell'ONU, che conferiscono un peso preponderante ad alcuni Stati, detentori del potere strategico ed economico, rappresentano da tempo terreno di dibattito e oggetto di numerose proposte di riforma ancora non attuate. L'assetto istituzionale viene indicato come inadeguato e poco rappresentativo ed è convinzione condivisa dalla maggior parte degli Stati membri che esso necessiti di una modifica allo scopo di aumentare la credibilità delle Nazioni Unite e assicurare in tal modo la soprav-

[2] M. VIRALLY, *L'Organisation mondiale*, Paris, 1972, p. 103 s.
[3] Su questa revisione, divenuta definitiva nel 1965, v. *infra*, par. 2.

vivenza del metodo multilaterale della cooperazione per gli obiettivi sanciti nella Carta[4].

Numerosi contributi di autori e dichiarazioni ufficiali sottolineano l'incompatibilità delle regole attuali sulla composizione e le modalità di funzionamento del Consiglio di sicurezza rispetto al principio di eguaglianza tra gli Stati, richiamato dall'art. 2, par. 1, della Carta oltre che in altri atti dell'ONU, come la Dichiarazione del 24 ottobre 1970 sui principi di diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione tra gli Stati[5]. È evidente che ciò non esclude la possibilità di regolare modalità di partecipazione diversificate nell'ambito di una comunità parziale basata sull'accordo tra gli Stati, in relazione alle funzioni ed alle attività da svolgere[6]. Quelle critiche fanno sostanzialmente eco alla insoddisfazione degli Stati esclusi dal Consiglio di sicurezza, i quali non si sentono adeguatamente rappresentati da un sistema che tutela l'interesse di pochi Stati a preservare la propria posizione egemonica. Il fenomeno rischia di ripercuotersi negativamente sulla disponibilità ad assolvere all'obbligo di cooperazione e, dunque, può compromettere l'efficacia dell'azione da svolgere per il perseguimento degli obiettivi statutari, anche in presenza di gravi minacce per la pace mondiale, o di incentivare vie alternative per la soluzione dei problemi, con l'effetto di

[4] Cfr. le osservazioni riportate nel Rapporto del Segretario generale sottoposto all'Assemblea generale il 9 settembre 2002 (Doc. A/57/387, "*Strengthening of the United Nations: an agenda for further change"*), par. 20: «... In the eyes of much of the world, the size and composition of the Security Council appear insufficiently representative. The perceived shortcomings in the Council's credibility contribute to a slow but steady erosion of its authority, which in turn has grave implications for international peace and security. Thus, no reform of the United Nations would be complete without reform of the Security Council. At the same time, it is important to remember that authority derives also from the capacity to take prompt and realistic decisions, and from the will to act on them. A reform process that consisted only of an increase in membership would be unlikely to strengthen the Council in this vital respect».

[5] Ris. 2625 (XXV). Cfr. R. COLLINS, N.D. WHITE, *Moving Beyond the Authonomy-Accountability Dichotomy Reflections on Institutional Independence in the International Legal Order*, in *International Organization Law Review*, 2010, p. 1 ss., che collegano la peculiarità dell'ONU in quanto organizzazione alla quale partecipano quasi tutti gli Stati della comunità internazionale alle regole della Carta che esprimono valori "costituenti", come il principio di eguaglianza. H. KÖCHLER, *The Voting Procedure in the United Nations Security Council. Examining a Normative Contradiction in the UN Charter and its Consequences on International Relations*, in <http://www.i-p-o.org/Koechler-Voting_Procedure-UN_Security_Council.pdf> (ultimo accesso 11 febbraio 2015), spec. p. 22 ss., definisce il veto «an alien element in the normative framework of the United Nations» (*ivi*, p. 28).

[6] Cfr. A. MALINTOPPI, *Comunità parziali e comunità internazionale universale*, Roma, 1975.

indebolire la centralità dell'ONU a vantaggio di una frammentazione di interventi non coordinati tra loro[7].

Nel presente lavoro non si intende ripercorrere le linee del dibattito dottrinale sulla composizione ed il sistema di voto in seno al Consiglio di sicurezza, peraltro ampiamente conosciuto. Si vuole piuttosto esaminare il ruolo svolto dalla maggioranza degli Stati rappresentati nell'Assemblea generale rispetto alle modifiche riguardanti le modalità di votazione. Le regole sulla revisione della Carta non consentono all'organo plenario di eludere il peso determinante che hanno comunque i Membri permanenti. Tuttavia l'Assemblea generale rappresenta un elemento centrale del sistema, capace di contribuire alla sua evoluzione, anche quando non sia possibile modificare le regole contenute nella Carta. Ciò può avvenire nel senso di indirizzare la prassi delle Nazioni Unite verso scelte che corrispondano alla volontà della maggioranza dei Membri dell'ONU, anche in materie che rientrano nella competenza primaria dell'organo ristretto. Sotto questo profilo gli atti dell'Assemblea generale potrebbero rivelarsi un utile contrappeso rispetto all'egemonia dei Membri permanenti che si esprime nel Consiglio di sicurezza.

Va tuttavia rilevato che il sistema di votazione 'uno Stato-un voto' può pregiudicare l'effettiva capacità dell'Assemblea generale di assumere un ruolo più decisivo nella gestione delle crisi internazionali. Data l'eterogeneità degli Stati dal punto di vista demografico e della loro estensione territoriale, non è certo che il voto della maggioranza garantisca l'espressione della volontà di tutte le componenti dell'ONU: la parità di voto in Assemblea realizza una eguaglianza fittizia se rapportata alla consistenza effettiva degli Stati[8]. D'altra parte, in un'ottica generale, non giova alla comprensione della dinamica dei rapporti tra Consiglio di sicurezza e Assemblea generale lo stereotipo della contrapposizione tra l'organo nel quale è assicurata l'egemonia delle Potenze e quello nel quale vengono assicurati pari diritti a tutti gli Stati, quindi più "democratico", il cui rafforzamento avrebbe l'effetto di eliminare le anomalie del sistema. È opportuno invece partire dalla prospettiva secondo la quale

[7] È in questo senso che si possono recepire le osservazioni di L. DUBIN e M.-C. RUNAVOT, *Représentativité, efficacité, légitimité: des Organisations internationales en crise?,* in E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (a cura di), *Droit des Organisations internationales*, Issy-les-Moulineaux, 2013, p. 103: «Au confluent des sciences politiques et du droit, la "crise" des organisations internationales tient en réalité à une rupture dans le fondament de leur légitimité dans un contexte de globalisation juridique. La légitimité des organisations internationales ne repose en effet plus exclusivement sur leur capacité à représenter leurs membres mais doit également intégrer un objectif d'efficacité».

[8] Cfr. H.K. JACOBSON, *Networks of Interdependence International Organizations and the Global Political System*, New York, 1979, p. 138 ss.

organo plenario e organo ristretto possono svolgere funzioni complementari, pur con i limiti che presentano sotto il profilo della loro composizione e modalità di voto. In questa prospettiva è possibile superare i condizionamenti imposti dal sistema della Carta, e operare entro i margini di flessibilità consentiti per assicurare la credibilità e l'efficacia dell'ONU, che ne determinano l''*accountability*' e, a lungo termine, la sua stessa sopravvivenza.

2. *I lavori per la riforma del Consiglio di sicurezza e il ruolo dell'Assemblea generale*

Prima di affrontare i problemi connessi al ruolo dell'Assemblea generale riguardo alle modalità di votazione in Consiglio di sicurezza, ci sia consentito di introdurre sinteticamente le linee principali del dibattito che si è svolto nell'organo plenario in tema di composizione del Consiglio di sicurezza. Ciò consente di inquadrare meglio le problematiche più specificamente riguardanti l'apporto dell'Assemblea generale al riguardo.

Il tema è stato all'ordine del giorno in Assemblea generale a partire dalla metà degli anni settanta, dopo che essa aveva affidato a un Comitato *ad hoc* di quarantadue Membri nominati dal Presidente dell'Assemblea il compito di discutere le proposte dei governi per migliorare il funzionamento dell'ONU e rafforzarlo in vista del raggiungimento degli obiettivi della Carta[9]. L'avvio di una riforma nel senso auspicato dagli Stati che hanno proposto l'aumento dei Membri permanenti rientra tra le funzioni dell'Assemblea generale, la quale, in base all'art. 10 della Carta, «may discuss any questions or any matters within the scope of the present Charter or relating to the powers and functions of any organs provided for in the present Charter, and, except as provided in Article 12, may make recommendations to the Members of the United Nations or to the Security Council or to both on any such questions or matters». Il contributo dell'Assemblea generale al dibattito sulla riforma della composizione e del sistema di votazione in Consiglio di sicurezza, anche se non decisivo, può tuttavia indurre gli Stati più riluttanti ad avanzare proposte e contribuire a comporre posizioni distanti e agevolare il raggiungimento

[9] Ris. 3349 (XXIX) del 17 dicembre 1974. Con la successiva Ris. 3499 (XXX) del 15 dicembre 1975, il Comitato è stato reinvestito della funzione affidatagli e ridenominato "*Special Committee on the Charter of the UN and on the Strengthening of the Role of the Organization*".

della maggioranza dei due terzi dei Membri dell'ONU, necessaria nel momento in cui deve essere definito un testo di emendamento alla Carta.

Come è noto, una modifica nella composizione del Consiglio di sicurezza era stata già introdotta nel 1963 (in vigore dal 1965) per portare il numero totale degli Stati facenti parte del Consiglio di sicurezza da undici a quindici, con un aumento dei Membri non permanenti da sette a dieci, per tener conto dell'incremento della base sociale: in quella occasione l'Assemblea generale aveva ridefinito i criteri di ripartizione dei seggi non permanenti sulla base della distribuzione geografica con la Ris. 1991 (XVIII) del 17 dicembre 1963[10]. La questione è stata ripresa ed iscritta nell'agenda dell'Assemblea generale a partire dal 1979, quando l'India ed altri Paesi non allineati, oltre al Giappone, proposero l'ampliamento del numero dei Membri non permanenti del Consiglio di sicurezza[11].

Tra le proposte di riforma del Consiglio di sicurezza, quelle relative all'aumento del numero dei Membri non permanenti delineano un quadro capace di contribuire ad un progresso sotto il profilo della rappresentatività: mirano infatti a realizzare una maggiore rispondenza del numero dei Membri del Consiglio di sicurezza rispetto all'allargamento della base sociale dell'ONU. Inoltre, una massa numerica maggiore di Membri, sia pure privi delle prerogative dei Membri permanenti, potrebbe riuscire esercitare una influenza più significativa sulle scelte del Consiglio di sicurezza e a ridimensionare talune manifestazioni egemoniche dei Membri permanenti, pur non potendo impedire l'esercizio del veto[12].

[10] La Ris. 1991 (XVIII) modificava la composizione del Consiglio di sicurezza (oltre che del Consiglio economico e sociale), con l'aumento del numero dei seggi non permanenti del Consiglio di sicurezza, il quale è in tal modo passato da 11 a 15 Membri. L'emendamento è divenuto effettivo nel 1965. La Ris. 1191(XVIII) era stata sottoposta a due votazioni distinte: la prima per la parte che riguardava il testo di emendamento della Carta, soggetto a successiva ratifica ex art. 108; la seconda per l'approvazione dei criteri di suddivisione dei seggi.

[11] Cfr. Doc. A/34/246 del 14 novembre 1979, contenente la proposta di Algeria, Argentina, Bangladesh, Butan, Guyana, India, Maldive, Nepal, Nigeria, Sri Lanka di incrementare il numero dei Membri non permanenti in modo da passare da un totale di quindici a un numero complessivo di diciannove Membri del Consiglio di sicurezza. Mancando un sufficiente appoggio, in particolare da parte dei Paesi europei, la proposta non è stata nemmeno messa in votazione in Assemblea generale.

[12] Si può richiamare la prassi della convocazione separata da parte del Segretario generale dei Membri permanenti e di quelli non permanenti, talvolta a distanza di qualche giorno, come è avvenuto ad esempio in occasione dell'attacco con le armi chimiche in Siria (30 agosto 2013 e, rispettivamente, 3 settembre 2013). Nel modo di operare del Consiglio di sicurezza è proverbiale il contrasto determinato dal cd. *pen-holder system*, consistente nella prassi per la quale USA/FR/UK predisponevano le risoluzioni da sottoporre a Cina e Russia prima ancora di proporle ai Membri non permanenti. Su questa

Sull'incremento del numero dei Membri non permanenti le posizioni degli Stati non appaiono così inconciliabili. Invece, il confronto si è manifestato fin dall'inizio particolarmente aspro sul punto che riguarda l'aumento dei seggi permanenti. Le posizioni divergono quanto ai criteri di designazione: dimensioni, popolazione, capacità militare e nucleare, potere economico. Mentre il Gruppo degli Stati africani sostiene che occorre assicurare una equa rappresentazione degli Stati di tutte le aree geografiche, altri hanno avanzato la propria candidatura sulla base del livello di industrializzazione raggiunto (Germania e Giappone), o per la rilevanza delle dimensioni territoriali e demografiche (India) o per la propria posizione geografica privilegiata nel continente di appartenenza (Brasile)[13].

Il dibattito, tuttora aperto, è stato ripreso in una serie di iniziative che si collegano alla affermazione del principio della *Responsibility to Protect*, in un contesto e con una enfasi diversa, nell'intento di destare le coscienze dei membri della Comunità internazionale di fronte alla commissione di crimini di massa[14]. Nel Rapporto "*A More Secure World: Our Shared Responsibility*" elaborato dall'*High Level Panel* nominato dal Segretario generale Kofi Annan, pubblicato il 2 dicembre 2004, erano contenute centouno raccomandazioni per il cambiamento, tra cui quella che venga avviato un ampio negoziato (*a 'grand bargain'*) per la riforma del Consiglio di sicurezza[15]. Esso proponeva, in particolare, due

prassi cfr. il *Security Council Special Research Report* del 25 marzo 2014, p. 68, dal titolo: "*Security Council Working Methods: A Tale of Two Councils?*", in <www.securitycouncilreport.org/special-research-report/security-council-working-methods-a-tale-of-two-councils.php> (ultimo accesso il 13 febbraio 2015).

[13] Nel 1993 l'Assemblea generale ha istituito con Ris. A/48/26 del 3 dicembre 1993 l'*Open-ended Working Group on the Question of Equitable Representation on and Increase in the Membership of the Security Council and Other Matters related to the Security Council*, per riferire all'Assemblea generale sulle proposte elaborate in ordine alla garanzia di equa rappresentazione nel Consiglio di sicurezza oltre che sulla questione dell'incremento nel numero dei suoi Membri. Le sue funzioni non comprendevano ancora esplicitamente l'esame delle proposte relative all'esercizio del veto, ma si faceva riferimento alle '*other matters*', espressione generica che includeva anche l'insieme delle questioni relative al funzionamento del Consiglio di sicurezza, comprese le modalità di convocazione, lo svolgimento dei lavori ed altre problematiche di tipo procedurale.

[14] Esiste una letteratura sterminata sul tema della *Responsibility to Protect*. Ci limitiamo a segnalare: C. FOCARELLI, *La dottrina della 'responsabilità di proteggere' e l'intervento umanitario*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2008, p. 327 ss., anche per i riferimenti ai contributi di vari autori sul tema; P. PICONE, *Le reazioni collettive ad un illecito* erga omnes *in assenza di uno Stato individualmente leso*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, pp. 36-41. Per quanto concerne i profili istituzionali va segnalato il recente volume a cura di G. ZYBERI, *An Institutional Approach to the Responsibility to Protect*, Cambridge, 2013.

[15] Il Rapporto è pubblicato in Doc. A/59/565 del 2 dicembre 2004.

modelli (A e B), entrambi nel senso di espandere la composizione del Consiglio da quindici a ventiquattro Membri. Il modello A suggeriva l'aggiunta di sei nuovi Membri permanenti, ma senza potere di veto, e tre nuovi Membri elettivi a rotazione di tre anni. Il modello B creava una nuova categoria di otto seggi non permanenti rinnovabili ogni quattro anni e un nuovo seggio rinnovabile in aggiunta ai dieci già esistenti rinnovabili ogni due anni[16].

I passaggi principali del citato Rapporto sono stati ripresi sinteticamente in quello del 21 marzo 2005, dal titolo "*Follow-up of the Millennium Summit. In Larger Freedom: Towards Development, Security and Human Rights for All*"[17]. Si può notare, tuttavia, che nel testo finale, approvato il 16 settembre 2005 per *consensus* dall'Assemblea generale[18], non figurano le proposte sulla riforma del Consiglio di sicurezza contenute nel documento del 21 marzo 2005. Tra i motivi che hanno impedito di pervenire ad una risoluzione propositiva condivisa vi è il permanere delle obiezioni della maggioranza del Gruppo africano sulla questione del diritto di veto, che quel gruppo intendeva (e intende a tutt'oggi) debba venire esteso ai nuovi Membri permanenti, a differenza di quanto proposto da altri Stati. Lo stesso può dirsi del "Gruppo dei quattro" (Germania, Giappone, India e Brasile), favorevole ad una estensione dei seggi permanenti con potere di veto. D'altra parte, le proposte di ampliamento del numero dei Membri permanenti rispondevano ad esigenze diverse e contrapposte: nelle intenzioni dei Paesi in via di sviluppo prevale infatti l'obiettivo di assicurare loro una maggiore rappresentanza in Consiglio di sicurezza; dal canto loro, i Paesi industrializzati esclusi dal Consiglio di sicurezza intendono promuovere una ridefinizione della lista degli Stati da annoverare tra i più influenti politicamente ed economicamente, meritevoli di entrare a far parte dell'oligarchia del Consiglio di sicurezza.

Lo spostamento del dibattito al contesto intergovernativo, testimoniato dal Rapporto del 27 agosto 2010, nel quale sono sintetizzate le po-

[16] Nel Rapporto si indica che la previsione di seggi permanenti è stata inserita per assicurarsi l'appoggio di Germania e Giappone, che aspiravano a divenire Membri permanenti.

[17] Si tratta del Rapporto del Segretario generale alla 59ª sessione dell'Assemblea generale (Doc. A/59/2005 del 21 marzo 2005), a seguito della consultazione di 250 esperti al fine della elaborazione del *Millennium Project* e del relativo piano d'azione. Essi hanno costituito oggetto del Summit mondiale del 2005 convocato in concomitanza della sessantesima sessione dell'Assemblea generale dell'ONU; che si è tenuto a New York dal 14 al 16 settembre 2005 con la partecipazione di più di 170 capi di Stato e di governo.

[18] UN Doc. A/60/L.1 del 24 ottobre 2005 ("*World Summit Outcome*").

sizioni espresse dagli Stati partecipanti ai dibattiti nell'*Open-ended Working Group*[19], non ha consentito di definire una proposta di compromesso tra le visioni contrapposte degli Stati quanto alle possibili modifiche nei criteri di designazione degli Stati membri del Consiglio di sicurezza, perfino all'interno del medesimo gruppo di riferimento[20]. Le difficoltà di pervenire ad un risultato si spiegano anche per l'influenza esercitata sul dibattito dagli attuali Membri permanenti, il cui consenso è indispensabile, in base agli artt. 108 e 109 della Carta, affinché possano essere introdotte delle modifiche, nella fase della ratifica del testo di emendamento o revisione[21].

3. *La questione della maggioranza richiesta in Assemblea generale per le delibere riguardanti la composizione e il sistema di voto del Consiglio di sicurezza*

Le diverse proposte formulate dai vari gruppi di Stati relativamente alle modalità di voto in Consiglio di sicurezza hanno costituito occasione di uno scontro che ha avuto ad oggetto anche la competenza dell'Assemblea a deliberare in materia di riforma del Consiglio di sicurezza.

Secondo la Carta, l'Assemblea può stabilire di adottare a maggioranza semplice raccomandazioni su tutte le questioni che non siano espressamente elencate nell'art. 18, par. 2. Pertanto, a meno che l'Assemblea non decida diversamente, delle raccomandazioni che riguardino il futuro assetto degli organi dell'ONU e le modalità del loro funziona-

[19] V. *supra*, nt. 13. Il documento è pubblicato nel Rapporto dal titolo: *Governing & Managing Change at the United Nations. Security Council Reform from 1945 to September 2013,* pubblicato dal *Center for UN Reform Education*, settembre 2013, *Appendix* IX, p. 90-119.

[20] Uno dei punti controversi riguarda il numero dei seggi da attribuire al Gruppo africano. Divisioni vi sono anche nel G4, che comprende Germania, Giappone, Brasile e India: gli ultimi due Stati sono propensi a dare un seggio a un Paese africano, meno a darlo a Germania e Giappone. Francia e Regno Unito sono favorevoli a far entrare gli Stati del G4 come Membri permanenti. È dubbio che possano ottenere tutti la maggioranza dei due terzi in Assemblea generale. Attualmente i gruppi che hanno acquisito una maggiore visibilità sono: G4; C10/UA (53 Paesi africani); UfC (12 Paesi tra cui l'Italia); ACT (*Accountability, Coherence, Transparency*: ne fa parte la Svizzera); L69 (CARICOM). Cfr. B. GRANDI, *Uguaglianza e disuguaglianza tra Membri delle Nazioni Unite. Sull'esigenza di riforma del Consiglio di sicurezza*, in *Comunicazioni e studi dell'Università di Milano*, vol. XXII, Milano, 2002, p. 763 ss.

[21] Sulla posizione dei Membri permanenti riguardo alla riforma delle Nazioni Unite cfr. A. BLANC ALTEMIR, *¿Repensar, reformar o revitalizar las Naciones Unidas? El proceso de reforma de la Organización en los albores del siglo XXI*, in A. BLANC ALTEMIR (a cura di), *El proceso de reforma de las Naciones Unidas*, Madrid, 2009, p. 34 ss.

mento possono essere oggetto di delibere adottate con la maggioranza della metà dei Membri presenti e votanti. Diversamente quando si tratta di designare i Membri non permanenti: in tal caso l'art. 18, par. 2, richiede la maggioranza dei due terzi dei presenti e votanti[22]. Nonostante il chiaro disposto della Carta, nel corso del dibattito relativo alla riforma del Consiglio di sicurezza è prevalsa una interpretazione restrittiva quanto alla maggioranza richiesta: il 23 novembre 1998, a chiusura di una animata discussione in Assemblea generale, quest'ultima approvava la Ris. A/53/30, con la quale stabiliva che le delibere riguardanti questioni relative alla composizione del Consiglio di sicurezza e questioni connesse sarebbero state adottate con la maggioranza dei due terzi dei Membri dell'Assemblea («[m]indful of Chapter XVIII of the Charter of the United Nations and of the importance of reaching general agreement as referred to in resolution 48/26 of 3 December 1993, determines not to adopt any resolution or decision on the question of equitable representation on and increase in the membership of the Security Council and related matters, without the affirmative vote of at least two thirds of the Members of the General Assembly»). La risoluzione è frutto delle reazioni suscitate nel 1997 dal "piano Razali" del 20 marzo 1997 (dal nome dell'Ambasciatore della Malaysia che presiedeva l'*Open-ended Working Group*), che aveva proposto all'Assemblea generale di procedere ad un ampliamento del numero dei Membri del Consiglio di sicurezza per tappe successive: prima la designazione dei nuovi Membri del Consiglio di sicurezza e poi, a distanza di una settimana, la votazione di un emendamento della Carta che prevedesse l'ampliamento del Consiglio di sicurezza[23]. Le contestazioni riguardo al progetto "Razali" – espresse da un gruppo di Stati tra i quali l'Italia – erano motivate dal sospetto che si trattasse di un subdolo tentativo di pervenire al risultato di incrementare

[22] Devono essere approvate con la maggioranza dei due terzi dei Membri presenti e votanti le raccomandazioni in materia di mantenimento della pace, di elezione di Membri non permanenti e del Consiglio economico e sociale, sull'ammissione e sospensione o espulsione di Membri e in materia di bilancio.

[23] Il "piano Razali" è leggibile in Doc. A/55/47 del 2001: "*Report of the Open-ended Working Group on the Question of Equitable Representation on and Increase in the Membership of the Security Council and Other Matters related to the Security Council*", *Annex II*, pp. 6-9. Il piano proponeva il passaggio del numero dei Membri del Consiglio di sicurezza da 15 a 24 (9 in più, 5 permanenti e 4 non permanenti) la designazione con voto dei due terzi dei Membri dell'Assemblea generale, e successivamente (a distanza di una settimana da tale designazione) l'avvio di una procedura ex art. 108 per le modifiche degli articoli della Carta relativi alla composizione ed alle maggioranze richieste per le votazioni in Consiglio di sicurezza ai sensi dell'art. 108. Si stabiliva anche che una conferenza di revisione ex art. 109 sarebbe stata convocata entro dieci anni dall'adozione degli emendamenti per una verifica dei risultati.

il numero dei Membri permanenti superando le strettoie della procedura di emendamento prevista dall'art. 108 della Carta, che richiede il voto favorevole dei due terzi dei Membri dell'ONU.

Il tenore della Ris. A/53/30 allontanava il rischio che l'Assemblea generale deliberasse a maggioranza semplice i criteri per la nuova composizione del Consiglio di sicurezza. Suscita tuttavia perplessità la formulazione eccessivamente ampia di detta risoluzione, che estende la regola della maggioranza dei due terzi dei Membri dell'ONU prevista per l'introduzione di emendamenti a tutte le risoluzioni adottate a chiusura di qualsiasi dibattito generale che riguardi non soltanto la composizione del Consiglio di sicurezza, ma anche "*related matters*": quest'ultima espressione comprende anche materie quali l'individuazione di nuovi criteri di assegnazione dei posti di membro non permanente (tenuto conto del contributo al mantenimento della pace e agli altri fini dell'ONU e dell'esigenza di assicurare una equa distribuzione geografica, come previsto dall'art. 23, par. 1 della Carta) o le modalità dell'utilizzo del veto da parte dei Membri permanenti. Come si è già ricordato, anche per le delibere dell'Assemblea generale su questioni importanti – come l'elezione di membri non permanenti del Consiglio di sicurezza – l'art. 18, par. 2 prevede la maggioranza dei due terzi dei Membri *presenti e votanti*[24].

L'impostazione restrittiva seguita nella Ris. A/53/30 ha improntato anche il dibattito più recente sul problema dell'equa rappresentanza in Consiglio di sicurezza e altre questioni. Secondo quanto hanno dichiarato alcune delegazioni in Assemblea generale nel corso della sessantottesima sessione del 2013, prima ancora della votazione in Assemblea generale su proposte di emendamento, occorre assicurarsi che sussista un largo consenso, escludendo che l'Assemblea possa attraverso il lavoro di organi sussidiari pervenire alla approvazione a maggioranza di un progetto di riforma[25]. In maniera più esplicita, la Russia ha affermato la necessità che si raggiunga un consenso più elevato che non quello dei due

[24] Cfr. anche le obiezioni della delegazione svizzera nel corso della 108ª seduta della 66ª sessione dell'Assemblea generale del 16 maggio 2012 riguardo alla pretesa che le raccomandazioni dell'Assemblea generale sulle modalità di votazione negli organi dell'ONU – e dunque anche sull'esercizio del veto – debbano essere adottate con la maggioranza qualificata di tutti gli Stati membri (Doc. A/66/PV.108, p. 5).

[25] Cfr. l'intervento del Pakistan alla seduta dell'Assemblea generale del 7 novembre 2013 dedicata alla discussione sul Rapporto del Consiglio di sicurezza Doc. A/68/2 relativamente all'equa rappresentanza e all'incremento del numero degli Stati membri in Consiglio di sicurezza e questioni collegate (Doc. A/68/PV.46, p. 25): «in this process [of reform] the majority-minority calculus will not work». In tal senso anche la Cina (*ibid*., p. 26): «Only consensual decisions, based on broad consultations, can gain the unanimous trust and support of Member States and stand the test of time and history».

terzi dei Membri dell'Assemblea generale richiesto in base alla Carta, implicitamente alludendo alla necessità che si raggiunga l'unanimità dei Membri permanenti[26]. È evidente che ai fini della adozione di proposte di emendamenti ex art. 108 della Carta non si deve procedere ad una verifica circa il consenso dei cinque Membri permanenti. Una interpretazione in tal senso sarebbe in contrasto con la Carta, come si evince, fra l'altro, dall'art. 109 che, in tema di revisione (ossia di modifiche più radicali della Carta), nello stabilire che le proposte devono essere approvate nel contesto di una Conferenza degli Stati convocata appositamente dall'Assemblea generale, precisa che occorre il voto favorevole dei due terzi dei Membri e il voto di nove Membri qualsiasi del Consiglio di sicurezza («a vote of any nine members of the Security Council»), escludendo dunque il requisito dell'unanimità dei Membri permanenti. L'accoglimento di una interpretazione come quella proposta dalla Russia, oltre a non trovare appiglio nelle disposizioni della Carta, rischierebbe di radicalizzare la contrapposizione tra gli Stati e, in particolare, tra i Membri permanenti ed altri gruppi di Stati sulle proposte oggetto del dibattito nell'Assemblea generale.

Questa interpretazione, che limita notevolmente il ruolo dell'organo plenario ai fini della discussione ed elaborazione di proposte di riforma è stata confermata dagli sviluppi del dibattito successivi all'adozione della Ris. A/53/30 sopra richiamata: in una decisione adottata il 15 settembre 2008, l'Assemblea generale ha finito per valorizzare il negoziato intergovernativo, anche in sessioni informali dell'Assemblea generale stessa, quale mezzo utile al raggiungimento di un accordo generale, sancendo in tal modo il suo ruolo di 'facilitatore' di una possibile intesa generale[27]. Di fatto, gran parte del dibattito si svolge ormai in sedi extra-istituzionali, cui partecipano gli Stati che rappresentano i gruppi sosteni-

[26] *Ibid.*, p. 19. Una posizione più attenuata è stata espressa dal delegato indiano, secondo il quale «to insist that no forward movement can take place until we have complete consensus is only tantamount to delaying any kind of progress» (Doc. A/68/PV.46, 7 novembre 2013, p. 16).

[27] Cfr. il Rapporto *dell'Open-ended Group* sottoposto alla 62ª sessione dell'Assemblea generale del 8 ottobre 2008 (Doc. A/62/47) e approvato con decisione A/62/557, nel quale si opera un sintesi delle tappe che hanno caratterizzato il dibattito in Assemblea generale: quest'ultima ha sollecitato la continuazione dei negoziati informali fissando i termine di febbraio 2009 per l'acquisizione del rapporto del Presidente dell'*Open-ended Working Group* sui risultati dei negoziati, da sottoporre a discussione in seduta plenaria.

tori dell'una o dell'altra soluzione in materia di riforma del Consiglio di sicurezza[28].

Quanto sia difficile riportare il confronto sul tema della riforma nella sede istituzionale risulta da un resoconto del dibattito informale intergovernativo svoltosi tra il 12 ed il 16 dicembre 2013. Il Presidente Ashe (di Antigua e Barbuda) aveva preso l'iniziativa di nominare un *Advisory Group*, composto di sei rappresentanti permanenti, come gruppo di lavoro incaricato di costituire una sorta di *think-tank* per il Presidente dell'Assemblea generale, ma privo di alcun mandato a negoziare e rispettoso delle competenze dell'*Open-ended Group*, presieduto dall'Ambasciatore dell'Afghanistan Tanin. Tale iniziativa è stata osteggiata da numerosi Stati, che non hanno condiviso la composizione del gruppo e che vedevano in essa un tentativo di forzare i negoziati riportandoli sotto il controllo del Presidente dell'Assemblea generale. In una nota allegata al Rapporto dell'*Advisory Group* (il cd. "*Non Paper*"), uno dei suoi componenti, l'Ambasciatore Bodini (San Marino), esprimeva il suo dissenso, in quanto a suo avviso quel documento non era conforme alla scelta di seguire il metodo dei negoziati intergovernativi, acquisito anche in sede di Assemblea generale con la decisione adottata da quest'ultima nel settembre 2008[29]. Le obiezioni sollevate rivelano il disagio provocato dalle proposte del Presidente contenute nel "*Non Paper"*, alcune delle quali si riferivano ai rapporti tra Consiglio di sicurezza e Assemblea generale: vi figurava, in particolare, l'invito a consolidare la prassi della sottoposizione da parte del Consiglio di sicurezza all'Assemblea generale di rapporti ai sensi degli artt. 15, par. 1 e 24, par. 3 della Carta, anche esponendo i motivi del mancato accordo tra i Membri permanenti[30]. Peraltro, il dibattito intergovernativo non è riuscito a recuperare il ritardo provocato dall'irrigidimento delle posizioni manifestate dagli Stati. Né

[28] Ad esempio, il Gruppo dei dieci Stati africani partecipanti al G10 si è riunito a metà maggio a Oyo (Nigeria): si tratta di Algeria, Senegal, Libia, Uganda, Guinea equatoriale, Zambia, Kenya, Namibia, Sierra Leone e Congo.

[29] Per questo motivo, in un '*Non-paper and memo*' del 10 dicembre 2013 inviato al Presidente dell'Assemblea generale John Ashe (di Antigua e Barbuda), l'Ambasciatore Bodini (membro del Gruppo UfC) dichiarava di non condividere il documento dell'*Advisory Group* istituito dal Presidente dell'Assemblea generale. Il dissenso è stato espresso anche dal Gruppo UfC (a motivo dell'ambiguità del mandato e della composizione dell'*Advisory Group*), dai Paesi arabi, Russia e Cina: cfr. il resoconto della riunione informale tenutasi il 12 ed il 16 dicembre 2013 in <http://www.centerforunreform.org/node/509> (ultimo accesso il 6 giugno 2014).

[30] Cfr., sez. 5 (*Relationship between the Council and the GA*), lett. *c*) del '*Non-Paper*' p. 5: «Establishment of a practice under which permanent members explain non-concurring votes to the General Assembly».

sono stati previsti dai redattori della Carta rimedi per superare gli ostacoli incontrati nel processo di riforma[31].

4. *Prospettive di ridimensionamento del ricorso al veto da parte dei Membri permanenti per le delibere ex cap. VI della Carta*

Se la risposta della maggioranza degli Stati non sembra incoraggiare prospettive a breve termine in tema di riforma delle norme della Carta sulla composizione e il sistema di votazione nel Consiglio di sicurezza, per quanto riguarda il ricorso al veto va chiarito se il potere dei Membri permanenti di bloccare l'adozione di delibere del Consiglio di sicurezza abbia subito nel tempo un ridimensionamento per effetto della interpretazione delle norme della Carta operata da parte dell'Assemblea generale.

La norma della Carta sull'unanimità dei Membri permanenti per le delibere su questioni sostanziali è stata oggetto di dibattito fin dai primi anni di funzionamento dell'ONU nell'ambito dell'Assemblea generale. Quest'ultima, nella Ris. 267(III) del 14 aprile 1949, ha sollecitato i Membri del Consiglio a esercitare il voto in modo compatibile con le rispettive responsabilità secondo la Carta e in conformità con il diritto internazionale, «taking into account the interests of the United Nations as a whole». Vi si enuncia la regola secondo la quale, quando al veto si contrapponga il consenso della maggioranza dei Membri del Consiglio di sicurezza, esso deve essere adeguatamente motivato[32]. Si voleva in tal modo, impedire l'uso del veto per interessi nazionali, e garantire il ri-

[31] Cfr. invece la procedura prevista da alcune convenzioni in materia ambientale, come la Convenzione di Montreal sullo strato di ozono del 16 settembre 1987 e la Convenzione internazionale per la prevenzione dell'inquinamento causato da navi, MARPOL del 1973/1978, art. 16, par. 2, lett. *g*), che stabilisce il vincolo per tutti gli Stati in relazione alle delibere di modifica del trattato approvate dalle rispettive Conferenze degli Stati parti (COPs) per *consensus* o che ottengano la maggioranza dei due terzi, senza la possibilità per il gruppo degli Stati più forti di bloccare una decisione qualora non abbiano comunicato il loro dissenso entro una certa scadenza. Anche per questo motivo le COPs vengono definite "accordi istituzionali autonomi" da R. CHURCHILL e G. ULFSTEIN, *Autonomous Institutional Arrangements in Multilateral Environmental Agreements*, in *American Journal of International Law*, 2000, pp. 623-659.

[32] Cfr. Ris. A/267 (III): «The General Assembly [recommends]…: c) if there is not unanimity, to exercise the veto only when they consider the question of vital importance, taking into account the interest of the United Nations as a whole, and to state upon what ground they consider this condition to be present». Cfr. anche il *Report of the Open-ended Working Group on the Question of Equitable Representation on and Increase in the Membership of the Security Council and Other Matters related to the Security Council*, allegato al Doc. A/55/47, 2001, p. 16.

spetto dell'intenzione dei fondatori della Carta di ancorare la regola della unanimità dei Grandi al perseguimento di obiettivi generali, in primo luogo la pace e la sicurezza internazionale.

Il dibattito, che si è svolto anche nell'ambito dell'*Open-ended Working Group on the Question of Equitable Representation on and Increase in the Membership of the Security Council and other matters related to the Security Council*, è stato ripreso in una diversa prospettiva a partire dal già citato Rapporto dell'*High level panel* del dicembre 2004, sull'onda dell'emozione suscitata dai conflitti in Iraq e in Afghanistan: in esso viene espresso chiaramente il timore che l'utilizzo del veto valga a far prevalere gli interessi particolari dell'uno o dell'altro Membro permanente a scapito degli interessi di tutta la comunità internazionale[33]. Vi si riconosce la funzione del veto, che serve a rassicurare gli Stati egemoni dell'ONU, e tuttavia si propone di limitarne l'uso ai casi nei quali potrebbe ostacolare l'azione a tutela di interessi vitali e delle vittime di genocidio o per contrastare abusi dei diritti umani commessi su larga scala. Si raccomanda che nei progetti di riforma dell'ONU non si proceda ad una estensione del veto[34]. Anche su questo aspetto, come sul problema della composizione del Consiglio di sicurezza, il tenore del documento finale, approvato per *consensus* dall'Assemblea generale il 16 settembre 2005, non contiene riferimenti precisi quanto alle limitazioni del diritto di veto considerate necessarie, ma la raccomandazione che il Consiglio di sicurezza «continue to adapt its working methods so as to increase the involvement of States not members of the Council in its work, as appropriate, enhance its accountability to the membership and increase the transparency of its work»[35].

Al momento, soltanto un terzo degli Stati acconsentirebbe alla introduzione di nuovi Membri permanenti senza diritto di veto. L'estensione

[33] Doc. A/59/565 del 2 dicembre 2004.

[34] *Ibid*., par. 256: «We recognize that the veto had an important function in reassuring the United Nations most powerful members that their interests would be safeguarded. We see no practical way of changing the existing members' veto powers. Yet, as a whole the institution of the veto has an anachronistic character that is unsuitable for the institution in an increasingly democratic age and we would urge that its use be limited to matters where vital interests are genuinely at stake. We also ask the permanent members, in their individual capacities, to pledge themselves to refrain from the use of the veto in cases of genocide and large-scale human rights abuses. We recommend that under any reform proposal, there should be no expansion of the veto». Lo specifico aspetto che riguarda il veto viene considerato nel successivo Rapporto del Segretario generale del 12 gennaio 2009 presentato all'Assemblea generale nel quadro del "*Follow-up of the outcome of the World Summit*" ("*Implementing the responsibility to protect*"), Doc. A/63/677, par. 61, sul quale si tornerà di seguito (v. *infra*, par. 6)

[35] Ris. 60/1, cit., par. 154.

del diritto di veto a nuovi Stati darebbe luogo all'inconveniente di blindare ulteriormente la Carta rispetto a possibili future modifiche. Pertanto, dovrebbe avvenire contemporaneamente ad una ridefinizione delle modalità di esercizio del voto negativo. Sotto questo profilo risultano importanti le proposte formulate dall'Assemblea generale nel senso di richiedere ai Membri permanenti di motivare l'esercizio del veto e al Consiglio di sicurezza di fornire all'Assemblea un resoconto delle misure decise, per favorire la trasparenza dell'operato del Consiglio di sicurezza. A tale riguardo è rilevante un annesso al già menzionato Rapporto dell'*Open-ended Group* presentato all'Assemblea generale dell'ONU nel 2001[36], nel quale vengono riprodotte in maniera dettagliata le proposte formulate dagli Stati in tema di esercizio del diritto di veto, che in parte sono state riprese nel corso dei dibattiti svoltisi a livello intergovernativo. Detto Rapporto sottolinea l'esigenza che il veto venga utilizzato in maniera limitata e responsabile, e che gli Stati vi ricorrano soltanto dopo aver esperito tutti i tentativi possibili per raggiungere il *consensus*. Un'altra proposta è quella di introdurre un obbligo per lo Stato che oppone il proprio veto di darne la giustificazione. Si suggerisce anche di adottare la regola per la quale sia consentito ad un Membro permanente che non condivida una decisione di dissociarsi esprimendo il proprio voto negativo senza bloccare la delibera: tale regola finirebbe per codificare la prassi della non-partecipazione al voto, con la quale degli Stati membri permanenti non intendono impedire l'adozione della risoluzione del Consiglio di sicurezza, pur esprimendo, in maniera più marcata rispetto all'astensione, i propri motivi di dissenso[37].

Alcuni Stati hanno anche proposto di limitare il veto al caso in cui si debbano adottare decisioni vincolanti ex cap. VII della Carta. Ferma restando la distinzione tra questioni sostanziali, per le quali occorre l'unanimità dei Membri permanenti, e questioni procedurali, soggette alla approvazione da parte di nove Membri qualsiasi del Consiglio di sicu-

[36] Doc. A/55/47, cit., *Annex* IV, pp. 9-16.

[37] Alla luce della prassi dell'ONU, la non partecipazione al voto, pur costituendo generalmente espressione di un dissenso più aperto a confronto dell'astensione, può essere assimilata, quanto ai suoi effetti, all'astensione. Numerosi i casi di non partecipazione della Repubblica popolare cinese (decennio 1971-1981) riguardo alle delibere del Consiglio di sicurezza relative all'invio di missioni di *peace-keeping*. Talvolta anche Membri non permanenti hanno dichiarato di non voler partecipare al voto nel Consiglio di sicurezza: è il caso dello Yemen (1990, in relazione all'intervento contro l'Iraq a seguito dell'attacco di quest'ultimo contro il Kuwait) e dell'Ucraina (2001, sui diritti della popolazione civile in Palestina).

Sulla riluttanza del Membro permanente dissenziente ad essere additato quale responsabile della mancata adozione di una decisione del Consiglio di sicurezza si veda *infra*, nt. 51.

rezza (art. 27, par. 2), è stata proposta una qualificazione del termine "procedurale" in senso estensivo. Aggiornando il testo della Ris. 267 (III) dell'Assemblea generale del 14 aprile 1949, contenente nell'annesso la lista delle questioni da considerare come di procedura,[38] le proposte contenute nel documento del 2001 vi fanno rientrare, oltre alle delibere di carattere organizzativo o con le quali il Consiglio di sicurezza richieda l'assistenza di altri organi dell'ONU, le decisioni del Consiglio di sicurezza ai sensi del cap. VI della Carta e le risoluzioni in materia di ammissione, espulsione o sospensione di Membri (articoli da 4 a 6 della Carta), nonché quelle relative alle misure provvisorie ex art. 40 della Carta[39].

Una eventuale risoluzione dell'Assemblea generale in questo senso, tuttavia, non potrebbe vincolare gli Stati. La sua incidenza sul reale funzionamento del meccanismo decisionale è condizionata all'assunzione volontaria da parte degli Stati Membri permanenti dell'impegno a limitare il ricorso al veto con dichiarazioni unilaterali o con una dichiarazione collettiva, o al loro recepimento nel Regolamento del Consiglio di sicurezza di cui all'art. 30 della Carta.

Tuttavia l'impostazione suggerita nel Rapporto dell'*Open-ended Working Group* del 2001 potrebbe favorire la formazione di una prassi favorevole ad allentare le maglie dell'unanimità dei Membri permanenti senza proseguire nella difficile strada della revisione della Carta. Determinante è in ogni caso l'atteggiamento degli Stati Membri del Consiglio di sicurezza che, se orientato in maniera conforme a quanto auspicato nelle proposte sopra riportate, potrebbe agevolare uno sviluppo in senso più partecipativo all'adozione di decisioni del Consiglio di sicurezza.

Per il momento, da una verifica della prassi riguardante uno dei punti considerati nel Rapporto del 2001, ossia l'adozione di risoluzioni ex cap. VI della Carta, non emergono segnali significativi nel senso che gli Stati cerchino di limitare il proprio ricorso al veto [40]. Al contrario, risulta che tale *self-restraint* non è stato esercitato nemmeno nei casi di applicazione dell'art. 27, par. 3, della Carta, il quale prevede che «nelle decisio-

[38] Nell'annesso alla Ris. 267 (III) figurano tra le decisioni di carattere procedurale quelle che il Consiglio di sicurezza adotta per deferire all'Assemblea generale questioni sul mantenimento della pace e della sicurezza internazionale o in cui si chiede ad essa di fare una raccomandazione su una controversia o una situazione suscettibile di mettere in pericolo la pace, la verifica delle credenziali, la creazione di organi sussidiari, l'adozione di regole di procedura, la nomina del Presidente ed altre questioni meno rilevanti.

[39] Doc. A/55/47, cit., *Annex* IV, p. 14.

[40] Cfr. l'elenco preparato a cura della *Dag Hammarskjöld Library* aggiornato al 22 maggio 2014, consultabile on line: <file:///C:/Users/Utente/Desktop/ VETO%20LIST%20MAY%202014.htm> (ultimo accesso il 5 febbraio 2015).

ni previste dal cap. VI […] un Membro che sia parte di una controversia deve astenersi dal voto»: tale disposizione vincola sia i Membri non permanenti, sia i Membri permanenti, ma la sua applicazione ha un impatto importante soprattutto quando lo Stato coinvolto sia un Membro permanente, il cui voto negativo può bloccare l'adozione di una decisione da parte del Consiglio di sicurezza[41]. La questione è stata considerata nel corso di un dibattito svoltosi in Consiglio di sicurezza nel maggio 2003 sul ruolo chiave che quell'organo svolge nella strategia di prevenzione dei conflitti internazionali, prendendo spunto da un Rapporto del Segretario generale Kofi Annan sulla prevenzione dei conflitti[42]. In quella occasione, il giudice Elaraby, invitato in qualità di esperto sulla base dell'art. 39 del Regolamento del Consiglio di sicurezza a riferire riguardo alla prassi di applicazione del cap. VI della Carta, sollecitava a far rispettare la regola per la quale un Membro del Consiglio di sicurezza coinvolto in una controversia deve astenersi dal partecipare alla votazione, secondo quanto prescrive l'art. 27, par. 3, della Carta[43].

Nella prassi gli Stati si sono dimostrati riluttanti ad applicare correttamente la citata disposizione. Si può menzionare, in proposito, il veto opposto dalla Russia alla adozione di una risoluzione proposta da quarantadue Stati (tra i quali tre Membri permanenti e tre Membri non permanenti del Consiglio di sicurezza) sulla questione Ucraina, rivolta a ristabilire rapporti amichevoli tra la Russia e il Governo legittimo di quel Paese e ad impedire che si tenesse il referendum non autorizzato dal Governo in carica per l'annessione della Crimea alla Russia[44]. Nonostante che l'oggetto della risoluzione rientrasse nelle materie previste dal capitolo VI sulla soluzione pacifica delle controversie, e pertanto fosse applicabile la regola di cui all'art. 27, par. 3, della Carta, l'adozione della risoluzione è stata bloccata dal veto della Russia, senza che sul punto venisse sollevata la questione dell'obbligo di astenersi dal voto. Il veto della Russia è stato considerato a tutti gli effetti capace di bloccare la delibera, nonostante che ben tredici Membri del Consiglio di sicurezza esprimessero un voto positivo (la Cina si è astenuta). L'acquiescenza degli Stati in generale dimostrata rispetto a questo comportamento rischia di determinare il consolidamento di una interpretazione dell'art. 27, par. 3, nel senso di ribaltare la regola del *self-restraint* dal ricorso al veto proposta anche nel Rapporto dell'*Open-ended Group*.

[41] Art. 27, par. 3,: «[…]in decisions under Chapter VI … a party to a dispute shall abstain from voting».
[42] Doc. A/55/985–S/2001/574 del 7 giugno 2001: "*Prevention of armed conflict*".
[43] Doc. S/PV.4753 del 13 maggio 2003, p. 8.
[44] Cfr. Doc. S/2014/189.

5. *L'erosione delle prerogative dei Membri permanenti in materia di partecipazione di Stati all'ONU*

La difficoltà di introdurre modifiche alla regola che contempla il potere dei Membri permanenti di esercitare il veto sulle delibere del Consiglio di sicurezza in materia di ammissione, sospensione ed espulsione di Stati è compensata dalla vitalità dell'Assemblea generale. Quest'ultima in alcuni casi ha adottato delle delibere tramite le quali ha finito per mettere in secondo piano l'apporto del Consiglio di sicurezza, sia pure non venendo meno all'assetto delle competenze stabilito dalla Carta che, in tema di partecipazione di Stati alle Nazioni Unite, prevede che la materia sia oggetto di una pronuncia sia dell'organo plenario, sia del Consiglio di sicurezza (artt. 4-6 della Carta). Ciò in qualche caso è avvenuto in deroga ad una ortodossa interpretazione delle regole della Carta e ha fatto emergere un orientamento della maggioranza degli Stati Membri favorevole all'ammissione o alla sospensione di Stati in contrapposizione rispetto all'orientamento del Consiglio di sicurezza.

Si tratta della pratica consistente nell'adozione di delibere con le quali vengono respinte le credenziali dei delegati di uno Stato membro per ottenere di fatto la loro esclusione dalla partecipazione ai lavori dell'ONU. Questa misura, che rappresenta un succedaneo rispetto all'adozione di una delibera sulla sospensione o l'esclusione di uno Stato membro, può riuscire tuttavia ad aggirare l'ostacolo rappresentato dalla mancanza di unanimità dei Membri permanenti in Consiglio di sicurezza, necessaria in base alla Carta ai fini della esclusione di un Membro. Si possono ricordare in proposito i casi di estromissione della Repubblica sud-africana dai lavori dell'Assemblea generale dal 1970 (Ris. 2636-XXV del 1970 e 3206-XXIX del 1974) per la sua politica di *apartheid*, dopo che il Consiglio di sicurezza aveva rigettato la domanda di espulsione ai sensi dell'art. 6 della Carta.

Il rigetto delle credenziali ha un impatto attenuato sulla partecipazione, dato che non ridefinisce la *membership*; nei casi citati le delibere sulle credenziali avevano l'obiettivo di riaffermare dei principi fondamentali e contribuire alla visibilità della politica dell'ONU, a dispetto dell'inerzia del Consiglio di sicurezza[45]. Tuttavia, quella prassi è signifi-

[45] Cfr. le osservazioni di A. DUXBURY, *The Participation of States in International Organisations. The role of human rights and democracy*, Cambridge 2011, *passim*, che esamina la prassi dell'ONU in materia di *membership* alla luce dei diritti umani e dei principi della democrazia partecipativa. L'a. respinge la critica che tale prassi possa configurare una violazione del divieto di ingerenza negli affari interni degli Stati in base a due argomenti fondamentali: a) la prassi sulla ammissione o esclusione non può essere

cativa in quanto capace di avere grande risonanza e suscettibile di ripercussioni sia sull'attività degli organi sussidiari, sia in altri contesti internazionali[46].

Anche il caso dell'ammissione della Palestina come Stato osservatore presenta rilievo sotto il profilo del ruolo assunto dall'Assemblea generale in una situazione di inerzia del Consiglio di sicurezza dovuta alla opposizione di un Membro permanente. L'Assemblea generale ha dato espressione alla volontà della maggioranza dei Membri dell'ONU di mandare un segnale inequivoco riguardo alla necessità di porre termine al regime di occupazione di quel territorio e di dare concretezza al principio di autodeterminazione. Non essendo possibile procedere alla piena ammissione della Palestina, dato l'orientamento sfavorevole di almeno uno dei Membri permanenti[47], l'Assemblea generale ha ammesso la Palestina come Stato osservatore con la Ris. A/67/19 del 29 novembre 2012, che ha ricevuto il voto favorevole di 138 Membri [48].

Una risoluzione come quella adottata dall'Assemblea generale sulla Palestina come 'Stato' osservatore è di sicuro in grado di esercitare una pressione molto rilevante sull'opinione pubblica internazionale ed in altre istituzioni multilaterali nelle quali prevalga il sistema di votazione

confusa con altre forme di 'esportazione' della democrazia, trovando legittimazione nelle norme statutarie che condizionano l'ammissione a determinati requisiti (si tratta pur sempre della partecipazione a comunità parziali e non universali, almeno formalmente); b) le delibere in materia di sospensione non sono mai state accompagnate da interventi militari; esse sono state sempre precedute da numerosi tentativi di dialogo con lo Stato membro coinvolto.

[46] Riguardo alle ripercussioni delle delibere dell'Assemblea generale sugli istituti specializzati, alcuni dei quali hanno proceduto all'espulsione o alla sospensione del Sud Africa (ad es. espulsione del Sud Africa dall'UPU e sospensione dalla WMO oltre che da riunioni di altri istituti specializzati e recesso 'forzato' da ILO, FAO e UNESCO), cfr. A. DI BLASE, *Nazioni Unite e istituti specializzati. La rilevanza giuridica del coordinamento*, Napoli, 1983. Il caso dell'accettazione delle credenziali del Governo provvisorio libico nel settembre 2011, è andato nella direzione scelta dal Consiglio di sicurezza, che aveva adottato delle risoluzioni con le quali autorizzava l'uso della forza contro le forze governative di Gheddafi, ed aveva lo scopo di contribuire a consolidare la situazione creatasi con la guerra civile.

[47] Cfr. i precedenti del 1948 e del 1950 (*Admission of a State to the United Nations - First Admission case- Advisory Opinion, ICJ Report*, 1948, p. 57 e, rispettivamente, *Competence of the General Assembly regarding Admission to United Nations' - Second Admission case - Advisory Opinion, ICJ Reports*, 1950, p. 4).

[48] Si può notare che nell'ONU la delibera è stata sostenuta da una maggioranza superiore a quella ottenuta nell'ambito dell'UNESCO, dove la Palestina è stata ammessa come Stato membro il 31 ottobre 2011. Tra le iniziative intraprese dall'Assemblea generale per aggirare l'ostacolo rappresentato dal veto in Consiglio di sicurezza e sollecitare l'opinione pubblica di fronte a palesi violazioni del diritto internazionale si può menzionare la richiesta di parere consultivo alla Corte internazionale di giustizia sulla costruzione del muro in Palestina (v. *infra*, par. 7).

maggioritario (come nel caso dell'UNESCO, dove la Palestina è stata ammessa come Stato membro a tutti gli effetti il 31 ottobre 2011)[49].

La delibera dell'Assemblea generale, pur non vincolando i singoli Stati, che restano liberi di impostare diversamente le proprie relazioni dirette con lo Stato riconosciuto dall'ONU, può avere ripercussioni sulle modalità di funzionamento dell'ONU e dei suoi organi, che devono adeguare le modalità di convocazione e procedurali al nuovo *status* della Palestina. In tal modo è in grado di coinvolgere anche l'insieme dei Membri, tenuto conto dell'obbligo di cooperazione per la realizzazione degli obiettivi dell'ONU[50]. Pertanto, la delibera dell'Assemblea generale finisce per possedere un valore sostanziale rilevante anche per gli Stati che hanno votato contro o si sono astenuti e che, data l'adozione della risoluzione, non possono rimettere in discussione di fronte agli organi delle Nazioni Unite la qualità di Stato della Palestina. Anche in sede di votazione su una futura richiesta di ammissione presentata al Consiglio di sicurezza, un Membro permanente che volesse esprimere voto negativo non potrebbe motivare il suo veto in base al fatto che la Palestina non possiede le caratteristiche di uno Stato. Sembra dunque che l'Assemblea generale sia in grado influire e in qualche modo 'condizionare' l'orientamento del Consiglio di sicurezza.

6. *L'impatto della* Responsibility to Protect *sulle modalità di voto in Consiglio di sicurezza*

Fino a qui il problema del voto negativo da parte di un Membro permanente è stato considerato alla luce delle proposte formulate nell'ambito dell'Assemblea generale e del dibattito che ivi si è svolto in tema di rafforzamento del ruolo dell'ONU in quanto istituzione preposta alla pace e alla sicurezza internazionale. Come si è visto, dai lavori

[49] Sul piano delle attività delle istituzioni dell'ONU l'ammissione della Palestina come Stato osservatore ha avuto implicazioni limitate, a parte l'aspetto simbolico, dato che alla Palestina veniva già assicurata una partecipazione privilegiata a confronto degli altri osservatori presso gli organi delle Nazioni Unite. Il Segretario generale dell'ONU ha modificato la formula utilizzata negli inviti da inoltrare agli Stati che partecipano alle conferenze indette dall'ONU.

[50] Sulla natura giuridica delle delibere che riguardano le modalità di funzionamento degli organi cfr. B. CONFORTI, *La funzione dell'accordo nel sistema delle Nazioni Unite*, Padova, 1968, p. 106 ss., il quale ritiene si tratti di 'atti di organizzazione' relativi alla fase strutturale dell'ordinamento dell'ONU, che non produrrebbero effetti nei confronti degli Stati membri. A tale riguardo si esprime diversamente S. MARCHISIO, *La cooperazione per lo sviluppo nel diritto delle Nazioni Unite*, Napoli, 1977, p. 114 ss.

dell'Assemblea generale emerge un disfavore generalizzato nei confronti del veto quando non venga giustificato sulla base di motivazioni condivise dalla maggioranza degli Stati. Di questo tengono conto gli stessi Membri permanenti, che in caso di dissenso rispetto ad una proposta di decisione mostrano una certa riluttanza a far ricorso all'arma del veto, preferendo fare pressioni su altri Membri del Consiglio di sicurezza affinché si raggiunga una maggioranza idonea ad impedire l'approvazione del testo[51]. In tal modo, la difficoltà di acquisire informazioni sulla fase delle trattative che precedono la votazione rende quasi impossibile contrastare l'ostruzionismo dei Membri permanenti.

Non soltanto nella citata Ris. 267 (III)[52], ma anche nella Ris. 377 (V) del 3 novembre 1950, "*Uniting for peace*", si enuncia al par. 5 il dovere degli Stati membri permanenti di cercare l'unanimità e di usare il *self-restraint* nell'esprimere un voto negativo che precluda una decisione in materia di mantenimento o ristabilimento della pace internazionale[53].

Un sentimento diffuso di malcontento per il modo in cui viene utilizzato il veto emerge anche dai rapporti dedicati alla *Responsibility to Protect*: sotto il profilo del veto ha rilievo specialmente il Rapporto del Segretario generale del 12 gennaio 2009 ("*Implementing The Responsibility To Protect*")[54]. Come è noto, in questo documento il principio viene articolato in tre pilastri fondamentali, dei quali il primo concerne la

[51] Ciò è avvenuto, ad esempio, in occasione della delibera sul progetto di risoluzione proposto dalla Giordania riguardante la questione palestinese contenuto nel Doc. S/2014/916, sottoposto a votazione in Consiglio di sicurezza il 30 dicembre 2014 (Doc. S/PV.7354): il testo ha ottenuto soltanto otto voti a favore, grazie alle pressioni esercitate dagli Stati Uniti su un Membro non permanente, la Nigeria, affinché si astenesse dal voto; pertanto la delibera non avrebbe comunque ricevuto la maggioranza necessaria anche nell'ipotesi in cui gli Stati Uniti si fossero astenuti.

[52] Ris. 267 (III) del 14 aprile 1949, par. 2: «Recommends to the Permanent members of the Security Council that they seek agreement among themselves upon what possible decisions by the Security Council they might forbear to exercise their veto…».

[53] Ris. 377 A (V): «…Reaffirming the importance of the exercise by the Security Council of its primary responsibility for the maintenance of international peace and security, and the duty of the permanent members to seek unanimity and to exercise restraint in the use of the veto».

[54] Cit. *supra*, nt. 34. Nel già citato Rapporto *dell'High-Level Panel* pubblicato dal Segretario generale con il titolo "*A More Secure World*" il 2 dicembre 2004, viene invece esaminato prevalentemente il problema della composizione del Consiglio di sicurezza. Tuttavia, nei parr. 256 e 257 si auspica che in sede di riforma del Consiglio di sicurezza non venga amplificato il ricorso al veto e, rispettivamente, venga introdotta la possibilità dell''*indicative voting*', ossia il voto negativo che non blocchi l'adozione della delibera qualora si raggiunga comunque la maggioranza dei Membri del Consiglio di sicurezza nel corso di una prima votazione informale. Al riguardo cfr. le osservazioni critiche di Y.Z BLUM, *Proposals for UN Security Council Reform*, in *American Journal of International Law*, 2005, p. 643.

responsabilità di ciascuno Stato nel proprio territorio, mentre il secondo ed il terzo concernono le azioni da intraprendere nel territorio di un altro Stato, vuoi a sostegno e con il consenso di quest'ultimo, vuoi per impedire massacri violazioni di massa dei diritti umani da parte delle forze governative nei confronti della popolazione locale. Tale formulazione rappresenta, come è noto, una risposta all'opinione pubblica mondiale profondamente scossa dai gravissimi crimini avvenuti in Ruanda e nella ex Jugoslavia, la cui commissione è stata interpretata da molti commentatori come la dimostrazione del fallimento del ruolo dell'ONU di fronte ad emergenze umanitarie, fallimento che legittimerebbe l'intervento armato dei singoli Stati anche senza l'autorizzazione del Consiglio di sicurezza per sopperire all'inerzia dell'istituzione[55]. La dottrina della *Responsibility to Protect* rappresenta il tentativo di ricondurre l'azione umanitaria nel quadro del sistema di sicurezza collettiva delle Nazioni Unite[56]. Si pone anche l'accento sulla esigenza che gli Stati rendano conto del modo nel quale esercitano le loro prerogative anche in seno all'ONU.

Nel Rapporto si fa appello ai Membri permanenti affinché si astengano dall'utilizzo del veto e si avvalgano di questa prerogativa in modo da assicurare una risposta tempestiva ed efficace[57], mettendo l'accento

[55] Cfr. P. PICONE, *Le autorizzazioni all'uso della forza tra sistema delle Nazioni Unite e diritto internazionale generale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 5 ss., che ritiene lecito l'uso unilaterale della forza per reagire alla commissione di crimini internazionali e il Consiglio di sicurezza si trovi nell'impossibilità di operare. Cfr. anche F. FRANCIONI, Ch. BAKKER, *Responsibility to Protect, Humanitarian Intervention and Human Rights: Lessons from Libya to Mali*, *Transworld Working Paper* n° 15, *April* 2013, in <http://www.iai.it/content.asp?langid=2&contentid=890> (ultimo accesso il 7 febbraio 2015), al quale si rinvia anche per l'ampia bibliografia.

[56] Questi principi sono affermati chiaramente specialmente nei parr. 79 e 80 del *World Summit Outcome* (Doc. A/60/L.1) del 20 settembre 2005. Cfr. anche i dibattiti in Assemblea generale del luglio 2009 (A/63/PV. 97- 100).

[57] Doc. A/63/677, par. 61: «While the first and enduring responsibility resides with each State to meet its obligations relating to the responsibility to protect, when it manifestly fails to do so the Secretary-General bears particular responsibility for ensuring that the international community responds in a "timely and decisive" manner, as called for in paragraph 139 of the Summit Outcome. … Within the Security Council, the five permanent members bear particular responsibility because of the privileges of tenure and the veto power they have been granted under the Charter. I would urge them to refrain from employing or threatening to employ the veto in situations of manifest failure to meet obligations relating to the responsibility to protect, as defined in paragraph 139 of the Summit Outcome, and to reach a mutual understanding to that effect. Across the globe, attitudes have changed in important ways since Cambodia, Rwanda and Srebrenica, raising the political costs, domestically and internationally, for anyone seen to be blocking an effective international response to an unfolding genocide or other high-visibility crime relating to the responsibility to protect. All Member States, not just the 15 members of

sulla responsabilità condivisa di tutti gli Stati membri nell'individuare e deliberare le misure da prendere allo scopo di prevenire o reprimere le gravi violazioni dei diritti umani[58].

Con la *Responsibility to Protect* si è inteso ribadire una serie di obblighi per gli Stati membri che in parte sono già codificati in importanti convenzioni internazionali a larga partecipazione di Stati. Da questo punto di vista non è dunque necessario stabilire se quel principio abbia di per sé un valore giuridico vincolante, questione che peraltro riceve quasi unanimemente una risposta negativa nell'opinione dei giuristi[59]. Si tratta in ogni caso di una enunciazione rilevante sul piano delle modalità di partecipazione alle delibere in seno alle Nazioni Unite. Come si è espressa la Corte internazionale di giustizia nel parere "*Admission to the United Nations*", pur essendo il voto un atto politico, non è escluso che possa essere soggetto a restrizioni di carattere giuridico[60]. Tali restrizioni si collegano appunto all'obbligo, previsto dalla Convenzione del 1948 sulla prevenzione e repressione del genocidio e da altre convenzioni multilaterali più recenti, di intraprendere delle attività positive per prevenire e reprimere la commissione di crimini contro l'umanità e il genocidio[61]: esse possono essere dirette ad appoggiare il Governo che deve fronteggiare sul suo territorio le violazioni del diritto umanitario, anche in collaborazione con organizzazioni regionali. Possono anche consistere, secondo le circostanze, in azioni armate con o senza il consenso dello Stato territoriale. In tal senso potrebbe sorgere una responsabilità dello Stato che si

the Security Council, should be acutely aware of both public expectations and shared responsibilities. If the General Assembly is to play a leading role in shaping a United Nations response, then all 192 Member States should share the responsibility to make it an effective instrument for advancing the principles relating to the responsibility to protect». Il Rapporto del Segretario generale ha costituito oggetto di un ampio dibattito in Assemblea generale, che si è concluso con una risoluzione interlocutoria del 7 ottobre 2009, nella quale l'Assemblea generale ha preso nota del Rapporto, ma non ha dato alcun rilievo specifico ai passaggi dedicati al problema dell'utilizzazione del veto.

[58] Nel Rapporto vengono richiamati i paragrafi 138 e 139 del *World Summit Outcome* del 2005 (Doc. A/60/L.1 del 20 settembre 2005, par. 138, cit. *supra*, nt. 18).

[59] Cfr. L. BOISSON DE CHAZOURNE, L. CONDORELLI, *De la 'Responsabilité de Proteger' ou d'une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie*, in *Révue générale de droit international public*, 2006, pp. 11-18.

[60] *ICJ Reports*, 1948, p. 64: «The political character of an organ cannot release it from the observance of the treaty provisions established by the Charter when they constitute limitations on its powers or criteria for its judgment».

[61] Tra tali convenzioni si può menzionare la Convenzione contro la tortura ed altri trattamenti crudeli, inumani e degradanti del 10 dicembre 1984.

sia opposto ad una risoluzione operativa diretta ad arginare il dilagare della violenza o ad impedire il compimento di crimini contro l'umanità[62].

Il comportamento ostruzionistico del Membro permanente, quando non sia accompagnato da una adeguata giustificazione, potrebbe anche configurare una violazione dell'obbligo di cooperare e contribuire al funzionamento dell'ONU, che grava in misura particolare sugli Stati cui sono state conferite delle prerogative a livello decisionale[63]. Siffatto comportamento potrebbe nuocere alla '*accountability*' e, di riflesso, alla fiducia nell'ONU quale istituzione capace di assolvere alle funzioni ad essa affidate.

Nei casi qui prospettati, la responsabilità dello Stato si configura in conseguenza della violazione di un obbligo di comportamento e non di risultato, essendo impossibile la dimostrazione del legame di causalità tra la condotta ostruzionistica dello Stato e i danni subiti dalle vittime: il mancato intervento delle Nazioni Unite potrebbe non essere un fattore determinante dell'aggravarsi della situazione in una determinata area. Al contrario, il risultato al quale potrebbe pervenirsi con un'azione intrapresa dal Consiglio di sicurezza potrebbe rivelarsi addirittura controproducente per le popolazioni coinvolte e suscettibile di comportare una responsabilità per il voto positivo espresso a favore di una missione autorizzata o diretta dal Consiglio di sicurezza.

Alla responsabilità dello Stato che esercita il veto si potrebbe affiancare la responsabilità dell'ONU per mancato intervento. Si tratta di un'ipotesi di cui è difficile in pratica riscontrare i presupposti, data la discrezionalità di cui dispone il Consiglio di sicurezza circa le misure da

[62] Sulla responsabilità dello Stato per la condotta tenuta anche nell'ambito di una organizzazione internazionale cfr. P. PALCHETTI, *Sulla responsabilità di uno Stato per il voto espresso in seno ad un'organizzazione internazionale,* in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 352 ss.

[63] Con specifico riferimento alla *Responsibility to Protect* si veda A. PETERS, *The Security Council's Responsibility to Protect*, in *International Organizations Law Review* 8 (2011) 15-54; ID., *The Responsibility to protect: spelling out the hard legal consequences for the UN Security Council and its Members*, in U. FASTENRATH et al. (a cura di) *From Bilateralism to Community Interest, Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, Oxford, 2011, p. 312 s.: l'a. ritiene che si debba escludere una responsabilità per omissione delle Nazioni Unite e invece considera la possibilità di ravvisare una responsabilità degli Stati membri permanenti, data la loro posizione di particolare influenza sull'operato dell'organizzazione internazionale, da verificare alla luce di una serie di parametri per valutare il grado di incidenza della loro azione sulla commissione dei crimini. Cfr. anche J. D'ASPREMONT, *Abuse of the Legal Personality of International Organizations and the Responsibility of the Member States*, in *International Organizations Law Review*, 2007, p. 103 ss., secondo il quale è escluso che uno Stato possa evitare le conseguenze del proprio veto trincerandosi dietro lo schermo dell'organizzazione, anche se occorre verificare caso per caso l'esistenza di un abuso che giustifichi la responsabilità.

adottare, tenendo conto anche della disponibilità degli Stati a fornire risorse e truppe armate, nonché della situazione sul campo e degli effetti delle operazioni da intraprendere[64]. In mancanza di una delibera che specifichi il tipo di attività da svolgere e le modalità della sua realizzazione, è impossibile identificare una responsabilità dell'ONU[65]. Su di un altro piano, si può dire che in una situazione di stallo decisionale non si è formato ancora un atto dell'Organizzazione idoneo a far sorgere una sua responsabilità per omissione. Una responsabilità di questo tipo potrebbe invece riguardare l'operato di organi delle Nazioni Unite chiamati a ottemperare ad un preciso mandato loro affidato sulla base di una delibera del Consiglio di sicurezza o dell'Assemblea generale. Si pensi ad esempio ai compiti affidati alle commissioni di inchiesta ed al Segretario generale, tenuto a richiamare l'attenzione del Consiglio di sicurezza sulla commissione di gravi crimini internazionali e sulla esistenza di minacce per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale[66]. Rientra altresì nell'ambito dei suoi compiti l'esame delle proposte di riforma delle regole di partecipazione degli Stati al momento decisionale, funzione questa anch'essa collegata alla promozione di una rinnovata fiducia nell'ONU.

Si è già fatto riferimento alla proposta, sostenuta con particolare vigore dal Governo francese, di elaborare una sorta di codice di condotta, nel quale si disegni una modalità di esercizio del voto che risulti accettabile per la maggioranza degli Stati[67]. Secondo tale codice, il voto contra-

[64] Cfr. A. ZIMMERMANN, *The obligation to prevent genocide: towards a general responsibility to protect?,* in U. FASTENRATH et al. (a cura di), *From Bilateralism to Community Interest*, cit., p. 641 ss. L'a. si riferisce all'obbligo *de negotiando* che incomberebbe ai Membri del Consiglio di sicurezza di cercare a tutti i costi una soluzione di fronte alla commissione di crimini internazionali. L'a. si riferisce al preambolo della *Uniting for Peace* che, al quinto *considerando*, riafferma «the duty of the permanent members to seek unanimity and to exercise restraint in the use of veto».

[65] È sulla base di questi presupposti che il mancato intervento in una situazione nella quale occorre fronteggiare un genocidio può configurare una responsabilità dell'organizzazione internazionale secondo quanto specificato da G. GAJA nel *Third Report on the Responsibility of International Organisations,* 13 maggio 2005 (UN Doc. A/CN. 4/ 553), par. 10: «Assuming that general international law requires States and other entities to prevent genocide in the same way as the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, and that the United Nations had been in a position to prevent genocide, failure to act would have represented a breach of an international obligation. Difficulties relating to the decision-making process could not exonerate the United Nations».

[66] Cfr. Ph. WEBB, *Deadlock or Restraint? The Security Council Veto and the Use of Force in Syria*, in *Journal of Conflict & Security Law,* 2014, p. 483 ss.

[67] Cfr. la proposta del Ministro degli esteri francese, Laurent Fabius che, nell'ottobre 2013, ha dichiarato che ad autorizzare l'intervento in Siria sarebbe sufficien-

rio di un Membro permanente in presenza di gravi crimini di massa non può impedire la valida adozione di una delibera che sia condivisa e sostenuta con un voto positivo della maggioranza dei Membri del Consiglio di sicurezza. Affinché il codice proposto possa produrre effetto occorre che venga accettato dai Membri permanenti e che vengano stabilite delle regole più precise, innanzitutto per ciò che riguarda la maggioranza necessaria ad impedire l'efficacia preclusiva del veto.

Un'altra proposta è contenuta in un progetto di risoluzione del 3 maggio 2012, sottoposto all'Assemblea generale da cinque Stati (Costarica, Giordania, Liechtenstein, Singapore, Svizzera)[68]. Vi si delineano i contorni di un vero e proprio catalogo di principi da rispettare nell'esercizio del diritto di voto in Consiglio di sicurezza, come l'esigenza della trasparenza e della '*inclusiveness*' (nel senso di tener conto degli interessi di tutta la comunità internazionale), l'obbligo di motivare il voto, l'esclusione del ricorso al veto nel caso in cui si debba contrastare la commissione di crimini internazionali, in vista del consolidamento di una prassi che dissuada il Membro permanente dal bloccare una delibera con il proprio voto negativo[69]. Anche questo progetto non appare ancora sufficientemente articolato, e non sembra che su di esso si sia manifestata la convergenza di un adeguato numero di Stati[70].

te una maggioranza di 50 Membri dell'ONU. Viene tuttavia affermato che tale codice di condotta non si potrebbe realisticamente applicare ai casi in cui fossero in gioco gli interessi nazionali essenziali di uno dei Membri permanenti (la dichiarazione è stata pubblicata con il titolo: "*A Call for Self-Restraint at the U.N.*" dal *New York Times*, 4 ottobre 2013). Tale proposta è stata ribadita dalla delegazione francese in Assemblea generale il 7 novembre 2013 (Doc. A/68/PV.46, p. 28) durante la discussione sul punto all'o.d.g.: "*Question of equitable representation on and increase in the membership of the Security Council and related matters*". Cfr. anche il dibattito in Consiglio di sicurezza del 22 maggio 2014 (Doc. S/PV.7180), nel corso del quale il codice di condotta è stato citato da diverse delegazioni di Stati medio-piccoli. Tuttavia apparentemente non ha trovato supporto adeguato né presso gli altri Membri permanenti, né presso altri Stati di minore importanza.

[68] In Doc. A/66.L.42 Rev. 1 del 15 maggio 2012 ("*Enhancing the accountability, transparency and effectiveness of the Security Council*"): il documento si inquadra nell'ambito del punto all'o.d.g. dell'Assemblea generale "*Follow-up to the outcome of the Millennium Summit*".

[69] Doc. A/66/PV.108, p. 5. La proposta è stata ritirata con una dichiarazione della Svizzera del 16 maggio 2012; la delegazione di questo Paese ha sostenuto di aver ricevuto forti pressioni dai Membri permanenti, che avevano creato un clima di disagio e incertezza.

[70] Secondo G. VERARDI, Responsibility to Protect *e sistema delle Nazioni Unite* (tesi di dottorato in Diritto internazionale e dell'Unione europea- Università di Roma, La Sapienza, a.a. 2012/2013), p. 191 ss., la dottrina della *Responsibility to Protect* non ha prodotto conseguenze giuridiche in termini di responsabilità per esercizio del veto, e tuttavia può innescare dei cambiamenti nel modo di operare degli organi, come ad esempio

Non a caso nessuna risoluzione dell'Assemblea generale o del Consiglio di sicurezza ha mai richiamato i passaggi del documento del 12 gennaio 2009 ("*Implementing the Responsibility to Protect"*) che riguardano l'esercizio del diritto di voto da parte degli Stati membri[71]. Anche dalla prassi più recente risulta che quel principio non ha influito sulle modalità di ricorso al veto da parte dei Membri permanenti[72]. Ben quattro veti sono stati opposti da Russia e Cina alla approvazione di progetti di risoluzione per bloccare il prosieguo della strage di civili in Siria[73]. In un caso, riguardante il progetto di risoluzione S/2014/348 del maggio 2014, proposto dalla Francia e sostenuto da ben sessantacinque Stati (tra i quali Francia, Regno Unito e USA) ai sensi del cap. VII della Carta, af-

un maggior coinvolgimento dell'Assemblea generale rispetto all'operato del Consiglio di sicurezza. Th. M. FRANCK, *Collective Security and UN Reform: Between the Necessary and the Possible*, in *Chicago J. I.L*, 2005-2006, p. 610, elenca i seguenti motivi per i quali i Membri permanenti potrebbero essere disponibili al *self-restraint*: l'idea che il rafforzamento della capacità del sistema di sicurezza collettiva può giovare, anziché danneggiarli, considerati i risultati non così entusiasmanti dell'intervento unilaterale; la difficoltà di fronteggiare una opinione pubblica sfavorevole all'uso del veto per bloccare il meccanismo della sicurezza collettiva; l'interesse a definire i limiti alla discrezionalità del ricorso al veto, a fronte della eventualità dell'ingresso di nuovi Membri permanenti nel Consiglio di sicurezza.

[71] V. *supra*, nt. 34. Il Consiglio di sicurezza ha richiamato la *Responsibility to Protect* in maniera esplicita soltanto nella Ris. 2171 del 21 agosto 2014 sulla pace e la prevenzione dei conflitti, che cita i parr. 138 e 139 del *World Summit Outcome* (Doc. A/60/L.1).

[72] Cfr. il Rapporto del Segretario generale all'Assemblea generale e al Consiglio di sicurezza del 25 luglio 2012: "*Timely and Decisive Response*" (Doc. A/66/874 e S/2012/578), che non contiene alcun riferimento al veto dei Membri permanenti e il tenore della Ris. 66/253 dell'Assemblea generale sulla Siria del 16 febbraio 2012.

[73] Cfr. il veto di Russia e Cina sul progetto Doc. S/2011/612 del 4 febbraio 2011 presentato da Francia, Regno Unito, Germania e Portogallo di condanna della Siria e nel quale si riaffermava la responsabilità primaria del Governo siriano in ordine al soccorso alla popolazione, e si chiedeva che il Segretario generale pretendesse dalla Siria pieno e incondizionato appoggio alle organizzazioni umanitarie. Sul veto opposto al progetto del Marocco di autorizzare un'azione militare regionale nei confronti della Siria sottoposto al Consiglio di sicurezza il 4 febbraio 2012 (Doc. S/2012/77), si vedano le osservazioni della Francia, che ha accusato Russia e Cina di complicità con il Governo siriano (Doc. S/PV.6711, p. 3). Un altro veto è stato opposto il 19 luglio 2012 da Russia e Cina sul progetto presentato da Francia, Portogallo, Regno Unito e USA (Doc. S/2012/538) che recepiva il Rapporto dell'inviato speciale Kofi Annan e minacciava la Siria con sanzioni qualora non fosse cessata la strage di civili; il progetto aveva ottenuto il voto favorevole di undici Membri del Consiglio, due si erano astenuti. Russia e Cina hanno presentato un testo di risoluzione alternativo (Doc. S/2012/547/Rev. 2), che non è stato messo ai voti su richiesta degli stessi proponenti. È stata invece adottata la Ris. 2170 del 15 agosto 2014, con il voto positivo di Russia e Cina, di condanna agli attacchi indiscriminati alla popolazione civile e di adozione di misure sanzionatorie non implicanti l'uso della forza nei confronti dei combattenti dello Stato islamico.

finché il Consiglio di sicurezza decidesse di riferire la situazione dei gravi crimini perpetrati in Siria alla Corte penale internazionale ex art. 13, lett. *b*) dello Statuto di quest'ultima, il veto di due Membri permanenti è stato opposto a fronte di una maggioranza favorevole di tredici membri del Consiglio di sicurezza[74]. Come si vede, nell'utilizzo del veto non si è tenuto conto dell'importanza del ruolo della Corte penale internazionale quale meccanismo deterrente rispetto alla commissione di crimini internazionali e complementare rispetto alle misure che gli Stati hanno la responsabilità di intraprendere in reazione a crisi umanitarie, nonostante che la Corte penale sia stata più volte richiamata tra le istituzioni centrali nella strategia di prevenzione e repressione dei crimini contro l'umanità[75].

Del resto, anche l'atteggiamento di molti Stati membri dell'ONU fa pensare che il veto dei cinque Membri permanenti venga considerato una garanzia contro possibili abusi dell'una o dell'altra delle Grandi potenze[76].

Dal momento che non si è pervenuti ad un consenso generalizzato rispetto ad una regolamentazione del ricorso al veto in Consiglio di sicurezza, quest'ultimo rischia di rimanere immobilizzato a fronte di una serie di discussioni su problemi quali le caratteristiche della crisi che giustificano un intervento, il tipo di azione da intraprendere, la scelta e l'entità delle forze da impiegare[77]. In questa situazione, il diffuso disfa-

[74] Cfr. Doc. S/PV.7180 del 22 maggio 2014. Il testo aveva ricevuto ben 13 voti favorevoli. Cfr. l'intervento della Francia (*ibid*., p. 4), nel quale viene ribadita la necessità di limitare il veto nel caso in cui si debbano affrontare situazioni nelle quali siano commessi crimini di massa: «Extending equal impunity to all criminals is not a paradox; there is brotherhood in crime. A veto today would recall that fact. A veto would cover up all crimes; it would be a veto against justice. It would give new justification to the French proposal to limit the use of the right of the veto in the case of mass atrocities». Cfr. anche il richiamo alla *Responsibility to Protect* del Ruanda (*ibid*., p. 6) che menziona la proposta francese di adottare un codice di condotta sull'esercizio del veto, allo scopo di dimostrare il recupero da parte del Consiglio di sicurezza dei valori etici fondamentali, in attesa che si proceda ad una vera e propria riforma del Consiglio stesso. Cfr. il giudizio particolarmente severo espresso dal Regno Unito (Doc. S/PV.7180, p. 7) rispetto al veto della Russia e della Cina, che lo avevano giustificato dichiarando che il deferimento alla Corte penale avrebbe reso più difficile il raggiungimento di una soluzione politica del problema siriano. La deplorazione per l'abuso del veto è stata espressa anche dall'Ucraina davanti al Consiglio di sicurezza il 21 agosto 2014 (Doc. S/PV.7247, p. 42).

[75] Cfr. i parr. 138 e 139 del Rapporto del Segretario generale del 21 marzo 2005 "*In Larger Freedom*" (Doc. A/59/2005 del 21 marzo 2005) e i parr. 17-19 e 53-54 del Rapporto "*Implementing the responsibility to protect*" (Doc. A/63/677 del 12 gennaio 2009).

[76] In tal senso cfr. C. FOCARELLI, *op. cit*., p. 342 ss.

[77] Cfr. le osservazioni di J. RALPH nel suo rapporto dal titolo "*Mainstreaming the responsibility to protect in UK strategy*", aprile 2014, per l'Associazione ONU-UK, in

vore verso l'attuale meccanismo di votazione potrebbe rafforzare le istanze favorevoli a soluzioni unilaterali a fronte dell'insuccesso dei tentativi per rimediare allo stallo della procedura. In tal senso, le proposte per modificare il sistema, nel momento in cui ricevessero l'appoggio di una maggioranza significativa di Stati, evidenziandone le contraddizioni, potrebbero rivelarsi addirittura controproducenti nell'ottica del rafforzamento del ruolo delle Nazioni Unite[78].

7. *Il ridimensionamento del primato del Consiglio di sicurezza rispetto all'Assemblea generale nel campo del mantenimento della pace in caso di mancanza di unanimità dei Membri permanenti*

Nel già citato Rapporto del 12 gennaio 2009 sull'"*Implementation of the Responsibility to Protect*" si invoca il coinvolgimento dell'Assemblea generale nei casi che rientrino nel cd. terzo pilastro, ossia quando uno Stato non si attivi per contrastare il compimento di crimini efferati su larga scala o sia addirittura complice di tali crimini. Il Rapporto sottolinea l'esigenza che le Nazioni Unite esprimano rapidamente una maggioranza in grado di deliberare le modalità dell'intervento e fa anche riferimento alla Ris. 377 (V) -*Uniting for Peace*- del 3 novembre 1950[79], in applicazione della quale, nel caso in cui il Consiglio di sicurezza non riesca a svolgere le sue funzioni primarie nel campo del mantenimento della pace per mancanza di unanimità dei Membri permanenti, l'Assemblea «shall consider the matter immediately with a view to making appropriate recommendations to members for collective measures, including in the case of a breach of the peace or act of aggression the use of armed force when necessary, to maintain or restore international peace and security».

<http://www.una.org.uk/content/Responsibility to Protect-report-2-mainstreaming-responsibility-protect-uk-strategy-professor-jason-ralph> (ultimo accesso il 9 gennaio 2015), p. 26, con specifico riferimento alla posizione del Regno Unito a fronte delle proposte avanzate in Consiglio di sicurezza relativamente alla adozione del codice di condotta in materia di esercizio del diritto di voto.

[78] Cfr. P. PICONE, *Le reazioni collettive*, cit., p. 39 s. e nt. 99.

[79] Cfr. parr. 12, 56, 58 e 63 del citato Rapporto del 12 gennaio 2009 (Doc. 63/677) e, spec., par. 57: «The General Assembly could also consider such measures under its resolution 377 (V), entitled 'Uniting for peace', although they would then not be legally binding. While sanctions may be inadequate to stop abuses by a determined authoritarian regime, if applied sufficiently early they can demonstrate the international community's commitment to meeting its collective responsibilities under paragraph 139 of the Summit Outcome and serve as a warning of possibly tougher measures if the violence against a population persist.».

Verificandosi questi presupposti, la risoluzione prevede la convocazione da parte del Segretario generale di una sessione di emergenza su richiesta del Consiglio di sicurezza, con il voto di nove qualsiasi dei suoi Membri, o su richiesta della maggioranza dei Membri dell'ONU, entro 24 ore dalla ricezione della richiesta (art. 8, lett. *b*) del Regolamento dell'Assemblea), oppure sulla base della richiesta di uno Stato membro che sia appoggiata dalla maggioranza dei Membri dell'ONU: in quest'ultimo caso la convocazione avverrà nel modo più veloce possibile (art. 9, lett. *b*) del medesimo Regolamento).

La *Uniting for Peace* è stata considerata dalla maggioranza degli autori uno 'strappo' rispetto all'assetto delle competenze previsto dalla Carta[80]. Questa prevede infatti due limiti fondamentali relativamente al potere dell'Assemblea generale di adottare misure per il mantenimento della pace: il primo è di carattere sostanziale, potendo l'Assemblea formulare in materia soltanto raccomandazioni, come tali prive di valore vincolante (art. 11, par. 2, prima frase); inoltre «any such questions on which action is necessary shall be referred to the Security Council by the General Assembly either before or after discussion» (art. 11, par. 2, seconda frase)[81]. La Ris. 377(V) stabilisce l'obbligo, non già la facoltà, per l'organo plenario di procedere immediatamente all'esame delle situazioni che si presentano come casi di minaccia o violazione della pace. Viene dunque ridimensionata la primazia del Consiglio di sicurezza rispetto all'Assemblea generale, dato che si fissa l'impegno per l'Assemblea generale di aprire immediatamente la discussione su temi per i quali sussiste la competenza del Consiglio di sicurezza, in deroga a quanto prescrive l'art. 11, par. 2, seconda frase della Carta, quando manchi in Consiglio di sicurezza l'unanimità dei Membri permanenti[82]. In tal modo è

[80] Cfr. invece lo statuto dell'Unione africana, che espressamente conferisce all'Assemblea la facoltà di decidere un intervento militare in uno Stato membro "*in respect to grave circumstances*": crimini di guerra, genocidio e crimini contro l'umanità, ossia esattamente le situazioni contemplate nella *Responsibility to Protect* (Doc. 2158 UNTS 2, art. 4 (h) del 2001).

[81] Cfr., anche per i riferimenti alla prassi e alla dottrina, B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*[8], Padova, 2010, p. 312 ss. e S. MARCHISIO, *L'ONU. Il diritto delle Nazioni Unite*[2], Bologna, 2012, p. 146 ss.

[82] Nella prassi di applicazione della Ris. 377(V) si assiste a casi nei quali la questione è stata riferita all'Assemblea generale anche in assenza di una previa votazione in Consiglio di sicurezza, allorché l'opposizione dichiarata da parte di un Membro permanente era sufficiente a prospettare l'esito negativo di una possibile votazione sulla questione stessa (cfr. la convocazione della settima, ottava e decima sessione di emergenza da parte del Segretario generale, su sollecitazione di uno Stato membro, con il supporto della maggioranza dell'Assemblea generale, senza che si fosse previamente votato in Consiglio di sicurezza).

possibile adottare misure urgenti per fronteggiare minacce o violazioni della pace e della sicurezza internazionale.

In tale contesto è chiaro che si debbano considerare confliggenti con i limiti delle competenze attribuite all'Assemblea generale le raccomandazioni aventi ad oggetto l'adozione di misure implicanti l'uso della forza armata, per le quali i casi di utilizzo della Ris. 377 (V) sono pochi e risalenti[83]. Esiste invece una prassi più recente e meno contestata relativa ad altre risoluzioni adottate dall'Assemblea generale che, riferendosi più o meno esplicitamente alla *Uniting for Peace*, raccomandano misure diverse, come il cessate il fuoco o l'adozione di sanzioni, o pronunciano una condanna per l'occupazione militare di un territorio: tali risoluzioni, pur avendo ad oggetto materie rientranti fra quelle elencate nel cap. VII della Carta, di competenza del Consiglio di sicurezza, sono tuttavia finalizzate alla riaffermazione del principio dell'autodeterminazione e del rispetto dei diritti umani[84], e pertanto possono essere considerate come strumentali all'azione che sia il Consiglio di sicurezza, sia l'Assemblea generale sono chiamati a svolgere per il perseguimento delle finalità delle Nazioni Unite. I due organi agirebbero dunque in modo complementare nell'ottica del perseguimento dei fini statutari[85].

È divenuta frequente l'adozione di risoluzioni nelle quali l'Assemblea generale chiede alle parti di cessare le ostilità e di ritirare le truppe (materia che attiene all'art. 40 della Carta e rientra nel cap. VII). Ad esempio, in occasione della crisi siriana, l'adozione da parte dell'organo plenario della Ris. A/66/253 del 16 febbraio 2012 di con-

[83] Cfr. la Ris. Ass. Gen. 498 (V) del 1° febbraio 1951, che autorizzava l'intervento armato nei confronti della Corea del nord, pur non richiamando espressamente la *Uniting for Peace*, ma riecheggiandone i termini: «*Noting that the Security Council, because of lack of unanimity…*» e quelle adottate nel novembre 1956 per la costituzione della prima Forza di emergenza delle Nazioni Unite per fronteggiare la crisi di Suez (UNEF I) (Riss. 998-ES I, 1000-ES I e 1001-ES I).

[84] Cfr. la Ris. ES-8/2 del 14 settembre 1981, che sollecitava il Consiglio di sicurezza ad adottare misure coercitive ex cap. VII della Carta contro il Sud-Africa per le aggressioni perpetrate nei confronti dei Paesi confinanti. Si distinguono i casi nei quali c'era unanimità dei Membri permanenti (Libano); quelli in cui uno o più Membri permanenti si opponevano, ma la maggioranza in Consiglio di sicurezza era favorevole. Sugli sviluppi della prassi cfr. le riflessioni di Ch. TOMUSCHAT, *Uniting for Peace*, in *Audiovisual Library of International Law*, 2008, consultabile in <http://legal.un.org/avl/ha/ufp/ufp.html> (ultimo accesso il 2 febbraio 2015).

[85] Per la tesi secondo la quale l'art. 14 della Carta conferisce all'Assemblea generale il potere di reagire alle violazioni dei diritti dell'uomo e dell'autodeterminazione anche quando non rappresentino minacce per la pace internazionale, e pertanto non si creerebbe una sovrapposizione rispetto alle competenze del Consiglio di sicurezza, cfr. C. RYNGAERT e H. CUYCKENS, *The General Assembly*, in G. ZYBERI (a cura di), *An Institutional Approach to the Responsibility to Protect*, cit., p. 116 ss.

danna del Governo siriano e di supporto al piano di pace della Lega Araba (contenente la proposta di cessate-il-fuoco e di nominare un inviato speciale in Siria) ha di sicuro accelerato l'adozione da parte del Consiglio di sicurezza della Ris. 2024 del 12 aprile 2012 sul cessate il fuoco e l'invio di una missione in Siria, e della successiva Ris. S/2043 del 21 aprile 2012 istitutiva della *United Nations Supervision mission in Syria* (UNSMIS)[86].

Il secondo limite previsto dalla Carta ai poteri dell'Assemblea generale è di ordine procedurale: in base all'art. 12, par. 1, durante l'esercizio da parte del Consiglio di sicurezza delle funzioni assegnategli nei riguardi di una qualsiasi controversia o situazione «the General Assembly shall not make any recommendation with regard to that dispute or situation». Con tale obbligo contrasta la Ris. 377 (V), il cui scopo è quello di eliminare le conseguenze dell'inazione del Consiglio di sicurezza. Di conseguenza la sua applicazione implica una verifica sostanziale, e non puramente formale: se una questione che richiede un intervento urgente come la commissione di crimini internazionali rimane iscritta all'o.d.g. del Consiglio di sicurezza a lungo pur essendo sospeso il dibattito, la Ris. 377 (V) legittima l'adozione di una raccomandazione da parte dell'Assemblea generale[87]. L'applicazione della *Uniting for Peace* configura dunque una erosione della forza prescrittiva dell'art. 12, par. 1, della Carta, come è stato in parte riconosciuto anche nei pareri della Corte internazionale di giustizia "*Certain Expenses of the United Nations*" del 20 luglio 1962[88], e "*Legal Consequences of the Construc-*

[86] La *Uniting for Peace* è stata richiamata da alcuni commentatori quale possibile rimedio a fronte della paralisi del Consiglio di sicurezza dopo lo scoppio della guerra civile in Siria accompagnata dalle stragi di civili. Cfr. A.J. CARSWELL, *Unblocking the UN Security Council: The Uniting for Peace Resolution*, in *Journal of Conflict and Security Law*, 2013, p. 453 ss.

[87] Cfr. B. SIMMA et al. (a cura di), The *Charter of the United Nations: a Commentary*[3], I, Oxford, 2012, p. 519, par. 32: «...the decision to defer consideration does not mean that the Security Council renounces its right to pick up a matter again at any time and exercise its functions; but during the period of adjournment, the General Assembly is free to make recommendations». V. anche il parere della Corte internazionale di giustizia "*Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*" del 9 luglio 2004, *ICJ Reports*, 2004, par. 16 (il Consiglio di sicurezza si stava occupando della questione dal 1968). Anche sulla questione palestinese sono state convocate dall'Assemblea diverse sessioni urgenti (nn. 7, 8 e 10) senza che la questione fosse stata cancellata dall'agenda del Consiglio di sicurezza.

[88] *ICJ Reports*, 1962, p. 163, dove la Corte, riferendosi all'art. 11, par. 2 della Carta, ha affermato che esso «empowers the General Assembly, by means of recommendations to States or to the Security Council, or to both, to organize peace-keeping operations, at the request, or with the consent, of the States concerned», desumendone la facoltà per l'Assemblea di deliberare anche misure di carattere operativo quando la votazione

tion of a Wall in the Occupied Palestinian Territory" del 9 luglio 2004[89].

Sulla base della prassi qui rapidamente tratteggiata può dirsi che si sia consolidato il ruolo dell'Assemblea generale di tipo '*task-oriented*, oltre che di tipo '*recommendatory*' e '*law-making*'[90].

L'erosione dei poteri del Consiglio di sicurezza a favore dell'Assemblea generale che deriva dalla Ris. 377(V) viene confermata in parte nella prassi più recente e nel documento che indica le modalità di attuazione del principio della *Responsibility to Protect*. Quest'ultimo finisce per costituire un elemento della strategia diretta a rafforzare e potenziare il ruolo dell'Assemblea generale per la tutela delle vittime di crimini su larga scala, ridefinendo ed estendendo l'obiettivo della pace e della sicurezza internazionale in termini non puramente strategici e funzionali alla salvaguardia della sovranità degli Stati[91]. In tal senso, il metodo della *Uniting for Peace* viene riproposto non già nell'ottica di una contrapposizione tra Assemblea generale e Consiglio di sicurezza: del resto la responsabilità primaria del Consiglio di sicurezza ai fini del mantenimento della pace e della sicurezza internazionale è stata sempre riconosciuta sia nella Ris. 377(V), sia più recentemente[92]. Emerge piuttosto una impostazione dei rapporti tra Assemblea generale e Consiglio di sicurezza definibile in termini di complementarietà, quando si tratti di misure operative da adottare per la finalità della prevenzione o repressione di crimini contro l'umanità, pur con il limite del carattere raccomandatorio degli atti

in Consiglio di sicurezza sia bloccata dal veto, l'unica limitazione consistendo nell'obbligo di riferire al Consiglio di sicurezza prima o dopo la discussione.

[89] *ICJ Reports*, 2004, p. 136, par. 28: «…the Court notes that there has been an increasing tendency over time for the General Assembly and the Security Council to deal in parallel with the same matter concerning the maintenance of international peace and security».

[90] Il riferimento è alla distinzione fatta da S. ZAMORA, *Voting in International Economic Organizations*, in *American Journal of International Law*, 1980, p. 589.

[91] Cfr. Ch. BINDER, *Uniting for Peace Resolution*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford, 2006, par. 29, secondo la quale l'interesse collettivo alla tutela dei diritti fondamentali cui ha dato risonanza la dottrina della *Responsibility to Protect* legittimerebbe l'adozione di contromisure da parte dell'Assemblea generale.

[92] Cfr. la Ris. A/60/286 dell'Assemblea generale dell'8 settembre 2006, *Annex*, par. 1: «In the context of further strengthening the role and authority of the General Assembly as set out in the Charter of the United Nations, 1. Reaffirms the role and the authority of the General Assembly, including on questions relating to international peace and security, as stipulated in Articles 10 to 14 and 35 of the Charter of the United Nations, where appropriate using the procedures set forth in rules 7 to 10 of the rules of procedure of the General Assembly, which enable swift and urgent action by the Assembly, bearing in mind that the Security Council has primary responsibility for the maintenance of international peace and security in accordance with Article 24 of the Charter».

dell'Assemblea generale[93]. D'altra parte quest'ultima, per le sue dimensioni dilatate alla quasi totalità degli Stati, non sarebbe in grado di sostituirsi al Consiglio di sicurezza nello svolgimento di attività operative, ignorando la schiacciante superiorità strategico-militare dei Membri permanenti. Il contributo dell'Assemblea generale è al tempo stesso meno incisivo e di più ampio respiro, può consistere nel qualificare le situazioni che richiedono un intervento, anche impedendo che gli Stati membri permanenti possano giustificare il loro voto negativo sulla base di una interpretazione dei fatti strumentale rispetto ai propri interessi nazionali[94].

Vanno nel senso della incentivazione dei rapporti di collaborazione tra Assemblea e Consiglio di sicurezza le iniziative per incrementare gli incontri a livello dei rispettivi Presidenti e lo scambio di informazioni. Anche i rapporti annuali del Consiglio di sicurezza all'Assemblea previsti dall'art. 15, par. 1, della Carta, hanno progressivamente acquisito un profilo sostanziale più rilevante[95].

8. *La modifica del sistema di voto nell'Assemblea generale, quale utile contrappeso al Consiglio di sicurezza in vista di un rafforzamento del ruolo delle Nazioni Unite*

Nell'ottica del rafforzamento della capacità dell'ONU si pone il problema se il sistema 'uno Stato un voto' previsto dall'art. 18, par. 1, della Carta delle Nazioni Unite per le delibere dell'Assemblea generale,

[93] Cfr. *Implementing the Responsibility to protect*, cit., par. 70: «It will also be essential to reaffirm the complementary and mutually reinforcing roles of the General Assembly and the Security Council in carrying forward this urgent mandate». Già nella Ris. A/58/126 del 19 dicembre 2003 ("*Revitalization of the work of the General Assembly*"), al par. 6, era stata utilizzata l'espressione 'complementarietà' (par. 6) nel contesto di una serie di iniziative per rilanciare l'efficienza dell'azione dell'ONU.

[94] Cfr. il Rapporto annesso al Doc. S/1999/1257 del Comitato d'inchiesta indipendente sull'operato dell'ONU in Ruanda nel 1994, p. 38: dopo aver rilevato il ritardo con il quale gli eventi in Ruanda sono stati identificati come genocidio, il Rapporto così prosegue: «if there is ever to be effective international action against genocide, States must be prepared to identify situations as such…».

[95] Cfr. Doc. S/2012/922 del 12 dicembre 2012 circa l'impegno assunto dai Membri del Consiglio di sicurezza a valorizzare il dialogo con gli altri Stati membri e gli altri organi dell'ONU, attraverso l'incentivazione di scambi anche informali con l'Assemblea generale. Si invitano i Presidenti di turno a riferire dopo la presentazione dei rapporti annuali all'Assemblea generale circa le richieste e le osservazioni emerse durante il dibattito nell'organo plenario. Una panoramica sul coordinamento tra i due organi principali dell'ONU, anche attraverso l'operato di organi sussidiari, cfr. S. DAWS, *The Procedure of the United Nations Security Council*, Oxford, 2014, p. 585 s.

pur costituendo una garanzia di rispetto dell'eguaglianza tra gli Stati membri, sia davvero in linea con l'obiettivo di fare dell'organo plenario la cassa di risonanza della comunità internazionale. Quel sistema impedisce infatti di tener conto della diversa consistenza e del peso economico e politico dei Membri rappresentati. Ciò può spiegare, tra l'altro, lo sviluppo della pratica del *consensus*, che si risolve in un affievolimento del principio maggioritario nell'ambito del sistema delle Nazioni Unite.

L'introduzione di correttivi nel sistema di votazione potrebbe contribuire a dare maggior credito all'istituzione e rendere più efficaci le delibere adottate, soprattutto quelle che rivestono un rilievo sostanziale e non meramente procedurale[96]. Anche nei rapporti con il Consiglio di sicurezza, il ruolo dell'Assemblea generale assumerebbe un peso maggiore, capace di assicurare una maggiore rappresentatività della base sociale.

In materia sono state formulate numerose proposte da parte di studiosi e centri di ricerca, che forniscono lo spunto per delle valutazioni sui problemi strutturali degli attuali organi delle Nazioni Unite. Tra i correttivi vi è quello della introduzione del voto ponderato, basandosi fondamentalmente su una serie di criteri, quali l'elemento demografico e il contributo finanziario al bilancio dell'ONU[97]. Meno rilevante è il peso che viene attribuito ai parametri collegati all'economia di un Paese ai fini della ponderazione del voto in Assemblea generale, essendo quest'ultima priva di specifiche funzioni nel campo dell'assistenza finanziaria o del sostegno all'economia[98]. Queste proposte costituiscono una utile base di

[96] Cfr. O. SZASZ, *Alternative Voting Systems in International Organizations and the Binding Triad Proposal to improve U.N. General Assembly Decision-Taking*, 2001 (ristampa del 2007), accessibile sul sito del *Center for War Peace Studies*: www.cwps.org, p. 45 ss.

[97] Come spiega O. SZASZ, *op. cit*., p. 53 ss., i fattori applicabili, ossia quello demografico e quello del contributo al bilancio dell'ONU, devono essere temperati con criteri che impediscano di creare una eccessiva disparità tra gli Stati nell'esercizio del diritto di voto. Riguardo al criterio consistente nella quota di contributo al bilancio è emerso il dubbio se per bilancio si intenda solo quello ordinario, o se occorra anche tener conto dei contributi volontari (più cospicui). Tale parametro, se adottato, potrebbe incentivare alla contribuzione, ma al tempo stesso rischia di indurre a forme di compra-vendita dei voti.

[98] Cfr. U. VILLANI, *Prospettive di riforma dell'Assemblea generale*, in *La Comunità internazionale* 1993, p. 665 ss. L.L.WEBSTER, *On the Value of Weighted Decisions in UN Voting and Representation*, *Center for War Peace Studies*, 16 ottobre 2007, in <http://www.cwps.org/2007/10/25/on-the-value-of-weighted-decisions-in-un-voting-and-representation/> (ultimo accesso il 5 febbraio 2015), fornisce una sintesi delle proposte formulate da O. SZASZ, *op. cit*., e da J. SCHWARTZBERG, *Universal Regional Representation as a Basis for Security Council Reform*, 2008 (accessibile sul sito del *Center for War Peace Studies*: www.cwps.org) nell'ottica di rendere il sistema delle Nazioni Unite più partecipativo ed efficace.

riflessione sull'architettura complessiva dell'ONU. Tuttavia, la difficoltà di superare la rigidità delle regole per l'adozione di modifiche della Carta non sembra offrire ragionevoli prospettive circa la possibilità di ridisegnare le modalità di voto in Assemblea generale[99].

Senza pretendere di avviare un processo di revisione della Carta, uno strumento che consente di sopperire in parte agli inconvenienti derivanti dall'attuale sistema di voto è il ricorso ad una procedura per la quale le delibere da adottare vengono votate in Assemblea generale dopo il passaggio attraverso comitati o appositi organi sussidiari. In tal caso, è possibile pervenire alla adozione e votazione di un testo di risoluzione secondo regole diverse rispetto a quelle applicabili in Assemblea generale. D'altra parte, l'art. 22 della Carta lascia all'organo plenario un ampio margine di libertà quanto alla composizione e alle regole di funzionamento degli organi sussidiari (cfr. anche l'art. 161 del Regolamento dell'Assemblea generale). L'Assemblea ha talvolta applicato nella scelta dei Membri un criterio bilanciato che tiene conto della vocazione specifica dello Stato nel settore di attività dell'organo e della distribuzione geografica[100]; in altri casi viene garantita la partecipazione degli Stati contributori dei fondi (volontari) e degli Stati beneficiari[101]. La designazione dei Membri può essere influenzata dal prestigio e dal livello di preparazione dei rispettivi delegati e dei funzionari, nonché da altri fattori ai quali si fa riferimento come alla cd. *soft power*[102].

[99] Cfr. le considerazioni critiche di S. ZAMORA, *Voting in International Economic Organizations*, cit., p. 573, il cui ragionamento si può sintetizzare nel modo seguente: è inutile apprestare sistemi astrattamente conformi al principio della eguaglianza tra Stati quando tali sistemi non hanno la possibilità di funzionare.

[100] Sono questi i criteri stabiliti per la designazione dei 94 membri del Comitato esecutivo della Commissione delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) istituito dall'Assemblea generale il 26 novembre 1957 sulla base della raccomandazione 650 (XXIV) del Consiglio economico e sociale (ECOSOC) del 24 luglio dello stesso anno. Riguardo al criterio della ripartizione geografica, in mancanza di una regola prevista dalla Carta, esso viene definito in maniera diversa secondo i casi. Sul punto cfr. J. D'ASPREMONT, D. VENTURA, *La composition des organes et le processus décisionnel,* in E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (a cura di), *Droit des Organisations internationales*, cit., p. 413.

[101] Cfr. la Ris. 2029 (XX) del 20 novembre 1965, relativa alla istituzione del Programma delle Nazioni Unite per lo sviluppo (UNDP).

[102] Riguardo ai Comitati, il Regolamento dell'Assemblea generale (art. 125) stabilisce che le decisioni vengono prese a maggioranza dei presenti e votanti la cui composizione e sistema di votazione sono spesso difformi da quello 'uno Stato un voto' adottato nell'organo plenario, secondo quanto è consentito all'Assemblea generale, salvo il disposto dell'art. 18, par. 2, della Carta. Agli organi sussidiari dell'Assemblea generale è in genere affidato lo svolgimento di attività rientranti negli obiettivi della cooperazione per lo sviluppo economico e sociale. Gli unici organismi con compiti relativi al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, costituiti dall'Assemblea generale con la

Non mancano organi sussidiari a partecipazione allargata di tutti gli Stati, come avviene nella Conferenza delle Nazioni Unite per il commercio e lo sviluppo (UNCTAD), istituita dall'Assemblea generale nel 1994 (Ris. 1995- XIX), allo scopo di discutere tutte le problematiche del commercio internazionale nella prospettiva dello sviluppo economico: qui il sistema di votazione per blocchi di Stati consente di tener conto della diversità degli interessi in gioco; è anche prevista una procedura di conciliazione da attivare allo scopo di pervenire al *consensus*[103].

In questi casi, le regole sulla composizione e le modalità di votazione garantiscono che il risultato del lavoro svolto riesca a rispecchiare più fedelmente il bilanciamento degli interessi contrapposti, e in tal modo agevolare l'adozione della delibera finale da parte dell'organo plenario[104]. Peraltro, le delibere degli organi sussidiari vengono sottoposte alla approvazione finale dell'Assemblea generale: ciò garantisce che non vengano elusi il rispetto della regola fondamentale 'uno Stato un voto' o quella della maggioranza qualificata nei casi indicati dall'art. 18, par. 2, della Carta[105].

già richiamata Ris. 377 (V) – "*Uniting for Peace"* – del 3 novembre 1950, lettere *B* e *D*, ossia la *Peace Observation Commission* e il *Collective Measures Committee,* entrambi composti di quattordici Membri con il compito di esaminare le strategie da adottare per il mantenimento e il rafforzamento della pace internazionale, hanno cessato di funzionare nel 1960 e, rispettivamente, nel 1953.

Di grande rilievo, per le competenze che gli sono state conferite, è il Consiglio dei diritti umani, istituito nel 2006, composto di quarantasette Membri eletti dall'Assemblea, competente a svolgere numerose funzioni, tra le quali la pubblicazione del "Rapporto sullo stato dei diritti umani nelle legislazioni dei singoli paesi", l'esame delle comunicazioni individuali, le inchieste *in loco*, l'assistenza tecnica ai governi e l'adozione di sanzioni contro gli Stati che compiano violazioni di massa dei diritti umani, con la facoltà di sospensione ed espulsione.

[103] I gruppi di Stati sono i seguenti: Gruppo 77 (ne fanno parte i PVS e i *Least Developed Countries*), il Gruppo B (Paesi industrializzati), il Gruppo D (Paesi socialisti).

[104] Cfr. le considerazioni di L. DUBIN e M.-C. RUNAVOT, *Représentativité, efficacité, légitimité: des Organisations internationales en crise?,* in E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (a cura di), *Droit des Organisations internationales*, cit., p. 88.

[105] Fuoriesce dai limiti di questo lavoro l'esame dei sistemi di voto nel contesto delle istituzioni aventi autonomia statutaria, ma coordinate con l'ONU, con le quali si è realizzato un vero e proprio decentramento di funzioni. È il caso dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per lo sviluppo industriale (UNIDO), istituita nel 1966 (Ris. 2152-XXI). Analogo processo si è verificato nel quadro della FAO, con l'istituzione del Fondo internazionale per lo sviluppo agricolo (IFAD) nel 1976, per lo svolgimento di compiti connessi alle competenze della FAO, ma per i quali era indispensabile l'accesso a fondi che assicurassero un flusso di risorse altrimenti non disponibile sulla base dei soli contributi volontari degli Stati: nell'IFAD il sistema di votazione ponderato assicura agli Stati membri che forniscono sostegno finanziario (in particolare i Paesi dell'OPEC) un rilievo particolare ai fini della approvazione dei programmi per lo sviluppo agricolo. È comun-

Il metodo della discussione e della predisposizione di delibere nell'ambito di organi sussidiari può dunque contribuire a valorizzare e potenziare il ruolo dell'Assemblea generale pur senza procedere ad una modifica della Carta. Ciò può avere indirettamente un impatto positivo anche sul modo di operare del Consiglio di sicurezza, influenzando gli equilibri interni a quest'ultimo e attenuando le divisioni tra Membri permanenti e Membri non permanenti.

que assicurato il coordinamento attraverso l'operato del Consiglio economico e sociale e dell'Assemblea generale.

PRIMA SESSIONE PLENARIA

SOVRAPPOSIZIONE ED ESIGENZE DI COMPLEMENTARIETÀ NEI RAPPORTI TRA LE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

Presidenza

S. MARCHISIO

POSSIBILI STRUMENTI PER COORDINARE LE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

Sergio MARCHISIO*

Il tema della prima sessione plenaria di questo XIX Convegno SIDI è "Sovrapposizioni ed esigenze di complementarità nei rapporti tra le organizzazioni internazionali". Ieri, Michele Vellano ha illustrato la tesi principale del Convegno, vale a dire che la costituzione nel tempo di molte organizzazioni internazionali, per lo più a carattere settoriale, ha determinato inevitabilmente una sovrapposizione di competenze e la corrispondente perdita di una visione d'insieme. Ne consegue che occorre trovare delle soluzioni giuridiche che consentano *relazioni efficaci* tra le diverse organizzazioni internazionali. Saranno dunque i relatori di questa sessione a fare un ragionamento al riguardo.

Per parte mia, svolgerò alcune considerazioni introduttive sulla tematica in oggetto, che può essere affrontata da diverse prospettive.

In primo luogo, c'è una prospettiva che tiene conto dell'evoluzione del fenomeno della proliferazione delle organizzazioni internazionali nel tempo. Le origini dell'organizzazione internazionale rimontano alla seconda metà del XIX secolo, anche se il fenomeno ha conosciuto il suo sviluppo più intenso negli anni successivi alla seconda guerra mondiale, al punto da diventare un aspetto saliente della comunità internazionale. Ora è indubbio che il fenomeno della sovrapposizione si è sviluppato solo dopo la seconda guerra mondiale. Nel secondo dopoguerra, sono state infatti create numerose organizzazioni internazionali dotate di strutture permanenti, tra le quali alcune hanno vocazione universale, come le Nazioni Unite e gli istituti specializzati; altre sono rappresentative delle regioni continentali, con *membership* geograficamente bilanciata ma tendenzialmente non universale; la maggioranza, infine, è costituita da organizzazioni a carattere regionale o sub-regionale.

Non si può parlare di sovrapposizione per il quadro precedente quello della nascita del fenomeno dell'organizzazione internazionale fino alla Società delle Nazioni. Gli antecedenti delle organizzazioni internazionali sono gli organi comuni e le conferenze temporanee convocate per scopi

* Ordinario di Diritto internazionale, Università di Roma "La Sapienza".

specifici che iniziano a moltiplicarsi a partire dalla seconda metà del XIX secolo, fino all'apparire delle unioni amministrative internazionali, delle commissioni fluviali internazionali e delle unioni regionali. Alla seconda metà del XIX secolo risale la prima organizzazione internazionale a carattere regionale, l'Unione internazionale delle Repubbliche americane, istituita con la Conferenza di Washington del 1889-90 per favorire gli scambi commerciali nel Continente. L'Unione ha in seguito ampliato la propria competenza alla cooperazione in materia scientifica e culturale e alla soluzione pacifica delle controversie. Vanno poi considerate le unioni amministrative internazionali (talvolta uffici o istituti internazionali) caratterizzate dal fatto che l'azione collettiva corrispondeva ad attività statali in settori amministrativi o tecnici. Alcune unioni amministrative internazionali sopravvivono ancora e sono divenute istituti specializzati delle Nazioni Unite, come l'Unione internazionale delle telecomunicazioni (ITU) e l'Istituto internazionale di agricoltura, cui è succeduta l'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'alimentazione e l'agricoltura (FAO). Un momento importante per l'evoluzione dell'organizzazione internazionale è quello successivo alla prima guerra mondiale. I Trattati di pace del 1919 hanno dato vita, infatti, alla Società delle Nazioni e all'Organizzazione internazionale del lavoro (ILO).

Intorno alla Società delle Nazioni, quindi, ente a fini politici generali, esistevano altre organizzazioni internazionali, create in precedenza, come l'Istituto internazionale di agricoltura del 1905 e le unioni amministrative internazionali sorte nella seconda metà del XIX secolo o di nuova creazione, come l'Organizzazione internazionale del lavoro. Ma essendo tali organizzazioni ancora numericamente limitate, un problema di reciproca sovrapposizione non si poneva realmente.

Il fenomeno inizia a evidenziarsi, invece, dopo la seconda guerra mondiale con la nascita del sistema delle Nazioni Unite, con i loro sedici istituti specializzati. L'azione delle organizzazioni internazionali a fini politici, come l'ONU, e di organizzazioni tecniche, come gli istituti specializzati, ha contribuito a dotare la comunità internazionale di strumenti più adeguati per il perseguimento di fini comuni all'intera umanità e la tutela di beni d'interesse collettivo. La Carta ha assegnato all'ONU un ruolo di coordinamento in questo settore, dato che agli istituti specializzati i trattati istitutivi hanno attribuito specifiche responsabilità nel campo della cooperazione tecnica con gli Stati membri (art. 2, lett. d dello Statuto della WHO e art. 1.3, lett. a dell'Atto istitutivo della FAO). La nozione di istituto specializzato deriva dall'art. 57 della Carta; si tratta di enti internazionali posti in rapporto con le Nazioni Unite mediante gli accordi di collegamento previsti dall'art. 63. L'attribuzione della qualità

di istituto specializzato è quindi conseguenza di un accordo bilaterale di cui sono parti l'ONU e il singolo istituto. Perché un ente possa acquisire tale qualità occorrono i requisiti stabiliti dall'art. 57 della Carta: a) deve trattarsi di un ente intergovernativo fondato su un accordo internazionale che gli conferisce vasti compiti internazionali, vale a dire potenzialmente universali, in sintonia con le Nazioni Unite; b) l'organizzazione deve avere una sfera d'azione specializzata: economica, sociale, culturale, educativa, sanitaria e simili. La differenza tra le competenze dell'ONU e quelle degli istituti specializzati risiede nel fatto che gli istituti esercitano funzioni tecniche, rispetto a quelle politiche delle Nazioni Unite.

Nel complesso, si tratta di un modello ispirato al funzionalismo, di origini nordamericane, caratterizzato dall'attribuzione di competenze per materia alle singole organizzazioni, per settori di cooperazione specializzata (agricoltura, telecomunicazioni, finanza, meteorologia, sviluppo e ricostruzione, proprietà intellettuale e così via). In questa fase, il sistema delle organizzazioni internazionali acquisisce, nel suo complesso, numerose funzioni assimilabili a quelle di governo tipiche degli Stati, ma si presenta ancora inadeguato rispetto al numero crescente di problemi legati all'evoluzione della comunità internazionale. Un modello che mostrerà i suoi limiti solo più tardi, ma che conduce ad una costante espansione delle organizzazioni internazionali tecniche fino alla fine degli anni ottanta. Vi sono poi le organizzazioni esterne al sistema ONU: di alleanza difensiva e le organizzazioni regionali, che completano il quadro.

Al modello del funzionalismo si aggiunge durante gli anni sessanta/settanta un ulteriore elemento di proliferazione, prodotto dalla dialettica Nord/Sud, che ha inciso anche sull'organizzazione internazionale. È questa dinamica che ha portato alla creazione di organismi internazionali in competizione, come la Conferenza delle Nazioni Unite sul commercio e lo sviluppo (UNCTAD) rispetto all'Accordo generale sulle tariffe doganali e il commercio (GATT) e il Fondo di sviluppo capitale delle Nazioni Unite (UNCDF) rispetto alla Banca mondiale.

La seconda prospettiva concerne più da vicino gli strumenti per coordinare le organizzazioni internazionali. Nel sistema ONU il problema delle sovrapposizioni è stato risolto attraverso il sistema del coordinamento e degli accordi di collegamento (*accords de liason*). Tra le funzioni proprie dell'ONU, da svolgere attraverso l'ECOSOC rientra il coordinamento degli istituti specializzati. L'art. 58 stabilisce che l'ONU adotta raccomandazioni per il coordinamento dei programmi e attività degli istituti specializzati; l'art. 63.2 attribuisce all'ECOSOC la competenza a coordinare le attività degli istituti specializzati mediante consultazioni e raccomandazioni agli istituti, all'Assemblea e agli Stati membri

dell'ONU. Gli accordi di collegamento completano il quadro normativo, prevedendo l'impegno degli istituti di partecipare ad ogni organo che il Consiglio potrà creare per facilitare il coordinamento (amministrativo e finanziario). Pur essendo indipendenti, gli istituti specializzati devono quindi adeguarsi alle raccomandazioni loro indirizzate dagli organi dell'ONU secondo l'art. 58. Gli istituti sono tenuti a sottoporre le raccomandazioni ai propri organi competenti nel più breve tempo possibile e fare rapporto alle Nazioni Unite sulle misure adottate e i risultati ottenuti.

Ma sono strumenti flessibili e di natura raccomandatoria. L'ONU coordina, ma le organizzazioni del sistema mantengono la loro sfera di libertà, l'autonomia d'azione, rispondono ai loro Stati membri. L'ONU è *primus inter pares*, ma esercita poteri di indirizzo solo generali. Molto è affidato a relazioni interorganiche, di cui Conforti negherà la vincolatività. Nel corso degli anni Ottanta il sistema del coordinamento entra in crisi e le organizzazioni internazionali si ritirano nel loro recinto, perdendo la visione d'insieme: la ricerca SIOI - IHEI di Ginevra, diretta da Roberto Ago e Michel Virally, "*L'Organisation internationale et l'évolution de la société mondiale*" sottolinea la tendenza degli istituti specializzati ad assumere la posizione di nuovi principati.

L'unico settore in cui il coordinamento funziona meglio è quello che riguarda i rapporti con il Consiglio di sicurezza, in quanto vi è per gli istituti specializzati l'obbligo di applicare le decisioni vincolanti sulle sanzioni da esso adottate.

Il coordinamento, poi, vale solo per il sistema delle Nazioni Unite, mentre la sovrapposizione si verifica spesso tra enti appartenenti alla famiglia dell'ONU ed enti esterni ad essa. Uno strumento per evitare la sovrapposizione è quello delle clausole di coordinamento e delle clausole di priorità inserite nei trattati istitutivi di organizzazioni internazionali. L'importanza di tali clausole va certamente sottolineata, poiché il dato di partenza è che i trattati istitutivi di organizzazioni internazionali sono trattati indipendenti l'uno dall'altro, aventi sfera d'efficacia soggettiva e oggettiva limitata, senza interferenze reciproche. Per questi trattati valgono quindi, quando contengono norme *in pari materia*, le comuni regole sulla successione dei trattati nel tempo, codificate nell'art. 30 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (applicazione di trattati successivi aventi per oggetto la stessa materia).

Clausola di priorità per eccellenza è l'art. 103 della Carta dell'ONU, che ne assicura la prevalenza su tutti gli altri trattati di cui gli Stati membri sono parti contraenti.

L'altra ipotesi è quella che si verifica quando un trattato specifica

che esso è subordinato a un trattato anteriore o posteriore o che non deve essere considerato come incompatibile con questo altro trattato; in tal caso, le disposizioni di quest'ultimo prevalgono. Ma queste clausole sono rare e dirette soprattutto a salvaguardare la responsabilità principale del Consiglio di sicurezza nel mantenimento della pace e della sicurezza internazionali. Così nel Trattato NATO si fa salva la superiorità formale della Carta dell'ONU e si fanno salve le competenze del Consiglio di sicurezza, all'art. 7, ove è stabilito che "Il presente Trattato non pregiudica e non dovrà essere considerato come pregiudicante in alcun modo i diritti e gli obblighi derivanti dallo Statuto alle parti che sono membri dell'ONU, o la competenza primaria del Consiglio di Sicurezza per il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali".

Ad oggi, di fronte alle oltre 5000 organizzazioni internazionali esistenti secondo i dati dello *Yearbook of International Organizations*, ben pochi sono i trattati istitutivi che coordinano la loro sfera di applicazione con quella di altri trattati istitutivi di organizzazioni internazionali. Da ciò l'inevitabile sovrapposizione che viene a crearsi nella pratica internazionale e, se si vuole, il relativo isolamento in cui operano le organizzazioni internazionali e, talvolta, organi diversi all'interno della stessa organizzazione. Sempre più spesso questi sistemi normativi tendono a presentarsi come autosufficienti ciascuno nel proprio ambito di applicazione (*self-contained*), se non ad ignorarsi, come può accadere nel caso di enti altamente specializzati.

Il coordinamento di questi trattati istitutivi di organizzazioni internazionali costituisce un punto essenziale della relativa tematica. È possibile peraltro arrivare a costruire relazioni efficaci, in cui la sovrapposizione sia evitata: a) semplificando e razionalizzando il sistema delle organizzazioni internazionali; b) migliorando il coordinamento attraverso accordi di cooperazione tra le organizzazioni internazionali; c) modificando la struttura delle organizzazioni internazionali.

Tutto ciò è reso indispensabile dalla circostanza che il fenomeno del globalismo ha da tempo evidenziato i limiti del modello funzionale utilizzato nel secondo dopoguerra per costruire i rapporti tra le organizzazioni internazionali. La questione ambientale è esemplificativa. La proliferazioni di organismi internazionali a carattere ambientale, unita ad una divisione di competenze non efficiente, ha prodotto un sistema di *governance* caratterizzato da una forte carenza di coordinamento. Si moltiplicano le convenzioni ambientali che danno origine a nuove strutture (le Conferenze delle parti delle Convenzioni madri, le Conferenze delle parti dei Protocolli, i segretariati) per oltre 7000 trattati ambientali. Il problema del coordinamento, che è un problema di *governance* ambientale

internazionale, è stato uno dei temi della Conferenza di Rio+20, in cui si è deciso di trasformare il Consiglio dell'UNEP in Assemblea delle Nazioni Unite per l'ambiente, organo aperto a tutti i membri dell'ONU.

Una ulteriore prospettiva riguarda la natura universale o regionale delle organizzazioni internazionali e la specialità di alcune organizzazioni internazionali come le organizzazioni d'integrazione regionale (OIR). Un modello originale è quello dell'Unione europea (UE) che è una organizzazione internazionale appartenente alla categoria delle OIR. La UE, che pure ha carattere regionale, non si sovrappone ad altre organizzazioni internazionali che operano a livello universale, ma in molti casi è entrata a farne parte (è il caso della Conferenza dell'Aia di diritto internazionale privato, della FAO, della WTO), provocando adattamenti e modifiche nel loro modo di funzionare. Talvolta l'UE innesta dinamiche normative regionali che sono concorrenziali con quelle a livello universale (è il caso dei rapporti tra l'UE e l'UNCITRAL). L'UE può anche giungere fino a fagocitare altre organizzazioni internazionali o a mettere le basi perché questo avvenga. È il caso della Commissione internazionale dello stato civile e dell'Agenzia spaziale europea.

Infine, vi è l'aspetto consistente nel possibile conflitto tra norme adottate dagli organi delle organizzazioni internazionali. Sono due al riguardo i modelli esistenti, quello dell'ONU e quello dell'UE: in entrambi i casi la regola è quella della prevalenza delle loro norme sugli atti di tutte le altre organizzazioni internazionali.

Di questi, e di molti altri aspetti, tratteranno le relazioni comprese nel programma di questa prima sessione plenaria: si inizierà con l'esame delle relazioni tra organizzazioni internazionali in generale, per passare al coordinamento e concorrenza tra organi politici delle organizzazioni internazionali e istanze giurisdizionali internazionali, e, poi, al coordinamento e conflitto fra norme internazionali e di organizzazioni internazionali negli ordinamenti nazionali, fino ad un caso di organizzazioni internazionali in competizione tra loro nel settore della lotta alla fame.

LES RELATIONS ENTRE LES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

Evelyne LAGRANGE*

SOMMAIRE : 1. Retour sur les études consacrées aux rapports génériques entre les organisations internationales. – 2. Justification d'une approche en termes de « rapports de compétences » entre organisations internationales. – 3. Difficultés d'appréhension des relations entre organisations internationales en termes de rapports de compétences. – 4. Recherche de principes régulateurs de l'exercice des compétences attribuées aux organisations internationales. A. Principes juridiques découlant de la nature même des sujets de droit dérivé. B. Principes nécessaires à la régulation ou modération des rapports de compétences entre organisations internationales. – 4.1. Utilité limitée des règles applicables aux traités portant sur la même matière. – 4.2. Recherche de principes alternatifs. a. Principes généralement applicables. b. Principes d'application complémentaire. – 5. Conclusions.

Les relations entre les organisations internationales paraissent à première vue aussi rêches et inextricables qu'une forêt de lianes desséchées. Comment maîtriser, sans en être, tant les relations que les organisations internationales nouent entre elles pour améliorer les conditions matérielles d'exercice de leurs fonctions respectives (tribunaux communs, fonds de pension, règles relatives au détachement de personnel, *etc.*) que la « machinerie » de la coopération quotidienne de niveau administratif au sein du « machin » que constituaient les Nations Unies selon le Général de Gaulle et leur système, perclus d'organes de coordination ou de coopération aux sigles décourageants ? De tout cela, qui revêt concrètement une indéniable importance pour les organisations internationales, leurs agents et leurs membres, mais peut décourager par ses aspects technico-bureaucratiques, il ne sera guère question ici[1].

* Professeur de droit public, École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IREDIES.

[1] Des présentations récentes très compréhensives en sont proposées par V. TOMKIEWICZ, *Concurrence, chevauchements de compétences et coordination entre organisations internationales*, in E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), *Traité de droit des organisations internationales*, Paris, 2013, pp. 891-920 et L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Les relations entre organisations régionales et organisations universelles*, in *RCADI*,

Puisqu'il y a, dit Michele Vellano, urgence à dépasser la propension des organisations internationales à ne rendre compte de leurs actions qu'à leurs membres et à introduire de la cohérence dans leurs actions même, les relations entre les organisations internationales seront appréhendées à un autre stade : celui de l'attribution, de l'interprétation et de l'exercice de leurs compétences ou de leur *core-functions* – de ce pour quoi elles ont été créées – qu'elles soient plutôt normatives, ou plutôt opérationnelles.

Elles le seront sans prétention à l'exhaustivité et dans un souci de systématisation. Les incidences toutes particulières que pourraient avoir, jusque sur l'exercice de ses propres compétences, l'accession d'une organisation internationale au statut d'observateur auprès d'une autre[2], ou *a fortiori* de membre d'une autre, ou même sa participation à une convention dotée d'un mécanisme de contrôle institutionnalisé[3] ne seront pas analysées en détail.

Elles le seront enfin sur un mode exploratoire, pour ne pas dire prospectif, comme y invite l'intitulé de la matinée du colloque de la Société italienne de droit international – « Superpositions et nouvelles exigences de complémentarité dans les relations entre organisations internationales ».

1. *Retour sur les études consacrées aux rapports génériques entre les organisations internationales*

Avant de faire œuvre d'imagination, il faut toutefois commencer par

vol. 347, 2011, pp. 79-406.

[2] Voy. par ex. la résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, « Participation de l'Union européenne aux travaux de l'Organisation des Nations Unies » (A/RES/65/276, 3 mai 2011) et les dispositions générales « correctives » adoptées par le Conseil concernant les déclarations de l'Union européenne dans les organisations internationales le 22 octobre 2011 (Conseil de l'Union européenne, 15901/11). Commentaires : J. WOUTERS, A.-L. CHANÉ, J. ODERMATT, *Improving the EU's Status in the UN and the UN System: An Objective without a Strategy?*, April 1, 2014 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2431171) ; F. DELERUE, *Le statut de l'Union européenne devant l'Assemblée générale après la résolution 65/276 du 10 mai 2011 : une nouvelle catégorie d'observateurs ?*, in D. SIMON (dir.), *Actualité des relations entre l'Union européenne et l'Organisation des Nations Unies : coopération, tensions, subsidiarité ?*, Paris, 2014, pp. 63-80.

[3] Voy. not. le Projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (5 avril 2013) et l'avis négatif rendu par la Cour de justice de l'Union européenne le 18 décembre 2014 sur la compatibilité de ce projet avec le droit de l'Union (avis n° 2/13).

revenir un peu en arrière car les relations s'établissant entre les organisations internationales ont tôt fait l'objet d'études juridiques spécialisées, particulièrement en français, sous-tendues par une ambition systémique. La doctrine francophone n'a certes pas le monopole de ces recherches, mais il faut relever que la doctrine anglophone se réfère aux travaux et aux formules des grands noms de la doctrine française (R.-J. Dupuy, M. Virally, S. Bastid, sans parler de l'inspiration qui a pu être tirée des réflexions de G. Scelle sur le fédéralisme, ou du regard porté de l'intérieur par A. Lewin), à côté de C.W. Jenks qui publia les premières études systématiques après 1945.

Les relations entre organisations internationales furent envisagées parfois comme si elles tissaient une société parallèle à celle des États[4], mais parfois aussi dans le tissu relationnel de la société des États. M. Virally tout particulièrement a mis en évidence l'importance de la composition de l'organisation, et de ses membres ou groupes de membres, dans l'établissement de relations avec d'autres organisations[5].

La doctrine francophone s'est attardée longuement sur deux chapitres des rapports interinstitutionnels qui présentent une certaine solidarité, à savoir les rapports entre organisations investies de fonctions dans le cadre du système de sécurité collective, d'une part, les rapports entre organisations régionales et universelles, d'autre part, avant d'élargir son intérêt aux rapports entre organisations internationales économiques, entre elles et l'OIT, entre elles et les organisations investies de missions environnementales.

En dépit du brio des travaux doctrinaux anciens ou récents sur les relations entre organisations internationales, ils rencontrèrent de nombreux obstacles.

Le premier écueil tient à la nécessité ressentie par la doctrine d'analyser les relations interinstitutionnelles à partir d'une *typologie des organisations internationales* (organisations politiques / techniques, à compétence générale / sectorielle, à vocation universelle / régionale, de sécurité collective / de défense collective…). Or, les types sont si relatifs et parfois si enchevêtrés qu'ils n'offrent pas davantage qu'un moyen

[4] Dans son *Cours*, R.-J. DUPUY a pu ainsi donner l'impression de vouloir étudier « un ordre juridique d'un caractère nouveau mettant en rapport les organisations et faisant apparaître des aspects particuliers de leur personnalité » (*Le droit des relations entre les organisations internationales*, in *RCADI*, 1960-II, pp. 465-466) avant de la corriger (pp. 527 ss.) pour prendre en compte l'organisation internationale comme un tout articulant un nouveau sujet de droit et ses membres.

[5] M. VIRALLY, *Les relations entre organisations régionales et organisations universelles*, in SFDI, Colloque de Bordeaux, *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, Paris, 1977, not. p. 156.

commode de délimiter le champ d'une étude qui peine à l'exhaustivité. La stylisation des relations entre organisations devra donc reposer sur d'autres éléments (dont certains peuvent être politico-idéologiques dans les travaux de M. Virally).

Le deuxième écueil tient à la transposition, tellement tentante et tellement dangereuse, de *catégories du droit interne dans le droit des organisations internationales*, au risque de fausser la compréhension des notions de droit interne comme des rapports interinstitutionnels. Autant la notion de décentralisation peut revêtir en droit international un sens autonome (celui de dispersion des compétences, des prérogatives, des pouvoirs), autant elle se gauchit lorsqu'elle est utilisée avec sa comparse « déconcentration » au sens du droit public interne pour décrire la dialectique des rapports entre des organisations qui, dotées chacune d'une personnalité juridique ne devant rien à l'ordre juridique de l'autre, contribuent à la sécurité collective[6].

Le troisième écueil tient à la nécessité apparemment ressentie par de nombreux auteurs et à la difficulté corrélative d'élaborer *un schéma des relations entre organisations internationales*, en d'autres termes, de les synthétiser et qualifier puis de qualifier de manière cohérente les modalités des relations particulières qui s'instaurent dans ce schéma. Cette quête peut embrasser, vainement, l'ensemble des organisations internationales. Elle peut se réduire à des systèmes ou ensembles d'organisations internationales dont les compétences *ratione materiae* coïncident ou se jouxtent. Des voix, dans la doctrine francophone, se sont efforcées de dégager les lois et modèles de relations entre institutions internationales sans recourir aux notions usuelles en droit interne, ni postuler l'existence d'un système normatif et institutionnel d'ensemble parfaitement concordant. M. Virally a ainsi décliné les trois modèles théoriques de relations entre organisations universelles et régionales que sont la collaboration, la concurrence, la chasse gardée. Si le résultat est très proche de celui atteint par les politistes[7], l'approche typologique, sans pour autant évincer le facteur politique, revêt ici une

[6] Voy. la thèse de A. PEYRO LLOPIS, *Force, ONU et organisations régionales. Répartition des responsabilités en matière coercitive*, Bruxelles, 2012. Il est difficile d'admettre la validité de ces propositions en tant qu'elles reposent sur des définitions de la déconcentration et de la décentralisation directement empruntées au *Vocabulaire juridique* de G. CORNU qui synthétise l'expérience constitutionnelle interne, elle-même modelée par l'opposition de l'unité et de la pluralité des personnes juridiques engagées dans l'un ou l'autre processus.

[7] Voy. les études contemporaines consacrées au « *inter-organizationalism* » présentées par R. BIERMANN, *Inter-Organizationalism in Theory and Practice*, in *Studia Diplomatica*, 2009, n° 3, pp. 7-12.

fonction plus descriptive qu'explicative. Elle sert au fond à classer les organisations internationales (introverties, extraverties) mais n'ordonne qu'assez peu les modes juridiques de relations entre organisations internationales qui se concentrent essentiellement dans le registre de la collaboration. La typologie était plus précise chez R.-J. Dupuy selon qui « les deux normes essentielles qui régissent la coordination des organisations internationales » sont la « hiérarchie normative » et « l'indépendance fonctionnelle »[8], propice à la concurrence effrénée ou à la coordination qui peut être imposée, dans les rares cas de subordination étroite de l'échelon local à l'échelon universel, ou volontaire. La coordination elle-même peut prendre la forme du contrôle (mode de relations entre l'ONU et ses institutions spécialisées) ou de la concertation « lorsque les organisations en question n'ont pas les mêmes fonctions, mais que cependant leurs activités risquent de se chevaucher dans certaines zones connexes »[9].

Dernier écueil enfin : comment rendre compte de l'entremêlement des relations de fait et des relations de droit des organisations internationales ? Qu'elles soient considérées comme des entités dotées d'une certaine autonomie ou comme les agents de leurs membres, les organisations internationales entretiennent entre elles des rapports de pouvoir, des rapports d'influence dont leurs rapports juridiques ne sont qu'une expression partielle et parfois trompeuse. En l'absence, le plus souvent, de définition juridique claire et *a priori* des rapports entre une organisation internationale et ses semblables, les juristes sont placés face à trois options : renoncer à qualifier le schéma interinstitutionnel (lorsque les fondateurs eux-mêmes ne l'ont pas fait) ou à le requalifier et ne s'intéresser qu'aux modalités des relations prises une à une, retenir des schémas interinstitutionnels non juridiques (la concurrence, la collaboration…) ou rechercher leur qualification juridique. Dans la troisième hypothèse, elle se trouve embarrassée : l'étude des instruments ou moyens doit-elle être subordonnée à la caractérisation préalable des rapports interinstitutionnels ou la nature des instruments ou moyens entre-t-elle dans le faisceau d'indices permettant de qualifier les rapports interinstitutionnels ?

Une approche en termes de « rapports de compétences » entre organisations internationales pourrait permettre de s'extraire de ces difficultés en descendant à un niveau d'analyse fin des prétentions à agir qui entrent en concurrence.

[8] R.-J. DUPUY, *Le droit des relations entre les organisations internationales*, cit., p. 565.

[9] *Ibid.*, p. 581.

2. *Justification d'une approche en termes de « rapports de compétences » entre organisations internationales*

La question des « rapports de compétences » entre organisations internationales n'est certes pas complètement nouvelle.

Pourtant, elle a pu sembler étouffée dans les travaux juridiques les plus anciens par la prégnance des antagonismes politiques et, corrélativement, la politisation des organisations internationales, jusqu'aux plus techniques d'entre elles en apparence, ou leur utilisation aux seules fins de faire évoluer un rapport de forces politiques dans l'oubli, parfois, de leurs fonctions et compétences intrinsèques[10].

La problématique des compétences respectives des organisations internationales ne put apparaître dans sa complexité juridique qu'une fois celles-ci partiellement dégagées des antagonismes politiques qui les réduisaient souvent à un jouet : dans la mesure où les organisations internationales dans leur ensemble détiennent des compétences que le contexte politique, depuis la chute du mur de Berlin, leur permet d'espérer exercer, ces compétences elles-mêmes deviennent un enjeu politique, l'enjeu d'une rivalité entre les organisations internationales pour leur extension ou pour leur protection.

Il a été soutenu, au contraire, que « (…) since international organizations have minimal formal law-making power, the potential for legal conflicts between such acts is limited »[11]. En vérité, cette affirmation mérite d'être reconsidérée en raison tant des mécanismes qui permettent la transformation du droit mou produit dans un cadre institutionnel en un droit contraignant, justiciable, dans un autre[12] que des phénomènes de « coevolution » des normes produites par des organisations également compétentes[13].

Simultanément, les organisations internationales se heurtent, dans un contexte d'interdépendances, à la difficulté d'exercer seules et pleinement des compétences tronquées. Tronquées, les compétences de

[10] Voy. les préoccupations qui percent in SFDI, *Les organisations internationales contemporaines*, Paris 1988. Déjà cependant, des exemples de recherche de règles de répartition des compétences étaient donnés dans le domaine de l'assistance en vue du développement ou de la protection des droits de l'homme (voy. S. BASTID, *Sur quelques problèmes juridiques de coordination au sein de la famille des Nations Unies* , in *Mélanges Paul Reuter*, Paris, 1981, pp. 80 ss.).

[11] G. ULFSTEIN, *Institutions and Competences*, in J. KLABBERS, A. PETERS, G. ULFSTEIN, *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 2009, p. 68.

[12] Voy. J.E. ALVAREZ, *International Organizations as Law-makers*, Oxford, 2005.

[13] Voy. B. DE WITTE, *The European Union's Place among the International Cooperation Venues of its Member States*, in *ZaöRV*, 2014, pp. 461 ss.

ces institutions ne le sont pas seulement parce que le bénéfice du principe de plénitude des compétences leur est refusé. C'est que leur création initiale n'obéit pas à un plan d'ensemble de distribution des fonctions et compétences ; que tout ordre préconçu ou projet de rationalisation *a posteriori* est rapidement bousculé par le dynamisme institutionnel et la volatilité des intérêts étatiques ; que le développement de pouvoirs implicites obéit à des règles telles qu'il ne peut pas nécessairement pallier le refus initial de confier à une organisation internationale la maîtrise de l'exercice de ses fonctions depuis la conception de ses politiques jusqu'à leur exécution et leur financement.

A cette contrainte juridique, constitutive, qui s'exerce sur les organisations internationales, s'ajoute une contrainte du même ordre que celle qui pèse sur les États : le caractère transnational de plus en plus marqué des activités humaines, la prise de conscience de l'interdépendance des milieux naturels et des sociétés, l'affinement des leviers de l'action publique rendent le domaine d'action d'une organisation internationale indissociable de champs connexes qui, formellement, relèvent de la compétence d'autres organisations internationales.

La littérature politiste ne souligne pas autre chose : « The evolving literature on regime interaction commonly agrees that interaction models come into existence in circumstances in which a single organization's capacity to act lies beyond its own capabilities and is thus influenced by external actors »[14]. La « capacité d'agir » renvoie non seulement à la compétence de l'organisation mais également à son aptitude à l'exercer réellement, pleinement. L'organisation internationale étant conçue comme une institution tendue vers l'accomplissement de sa finalité sociale, mais dépourvue de toute la panoplie des moyens pour y parvenir, soit elle subit simplement la discordance entre ses compétences et les moyens de les exercer, au risque de ne pas remplir sa fonction, soit elle cherche à acquérir dans l'interaction avec d'autres organisations internationales (mais à dire vrai, ce pourra être avec des organisations publiques ou aussi bien privées dans certains cas) les moyens qui lui manquent ou à influencer l'exercice de compétences qu'elle ne détient pas mais qui sont complémentaires des siennes : « As organizations are

[14] M. BROSIG, *Governance between International Institutions: Analysing Interaction Modes between the EU, the Council of Europe and the OSCE*, in D.J. GALBREATH, C. GEBHARDT (eds.) *Cooperation or Conflict? Problematizing Organizational Overlap in Europe*, Farnham, 2010, p. 35. (http://www.academia.edu/351684/Governance_between_International_Institutions_Analysing_Interaction_Modes_between_the_EU_Council_of_Europe_and_OSCE).

neither self-contained nor in complete control over resources in their environment, they depend on their environment that consists of other organizations with access to certain resources or influence over activities »[15].

Si ce questionnement est présent en filigrane de très nombreuses publications sur les rapports entre les organisations internationales, il est rarement abordé de front ou ne l'est pas avec l'ambition de rechercher sur un mode systématique quels principes pourraient s'appliquer aux rapports entre organisations internationales. M. Ruffert[16] fait exception en considérant que les mécanismes de « coordination négative » (destinés à éviter la redondance des actions des organisations internationales) et de « coordination positive » (destinés à harmoniser leurs activités) n'épuisent pas la thématique des « rapports de compétences » entre organisations, ni celle de l'extension de la théorie des compétences aux organisations internationales[17], soit que des accords de coordination ne puissent être conclus, soit qu'ils ne soient pas respectés, soit qu'ils procèdent à un redéploiement des compétences des organisations concernées d'une légalité douteuse.

La question est finalement de savoir s'il est possible d'ordonner des relations entre organisations internationales qui sont fondamentalement marquées par leur insubordination, en droit ou en fait : à défaut de règles particulières contraignantes, ces relations sont-elles livrées à l'autorégulation (tout se négocie formellement ou informellement mais seulement en considération de rapports de force entre les organisations ou leurs membres) ou soumises à des principes généraux hétéro-régulateurs ?

Derrière l'enjeu juridique se profilent évidemment les enjeux politiques : est-il souhaitable et possible de structurer la gouvernance mondiale ? Cependant, on aura garde de confondre les enjeux politiques

[15] U. FRANKE, M. KOCH, *Inter-Organizational Relations as Structures of Corporate Practice*, in *Journal of International Organizations Studies. Special Issue: Sociological Perspectives on International Organizations and the Construction of Global Order*, 2013, p. 90. (http://journal-iostudies.org/sites/journal-iostudies.org/files/JIOS2013-special-issue_Franke-Koch.pdf).

[16] La question est évoquée par d'autres (notamment N.M. BLOKKER, *Proliferation of International Organizations: An Exploratory Introduction*, in N.M. BLOKKER, H.G. SCHERMERS (eds.), *Proliferation of International Organizations. Legal Issues*, Alphen aan den Rijn, 2001, pp. 25 ss.) mais en termes moins systématiques.

[17] M. RUFFERT, *Zuständigkeitsgrenzen internationaler Organisationen im institutionellen Rahmen der internationaler Gemeinschaft*, in *Archiv des Völkerrechts*, Band 38, 2000, pp. 129-168 ; *Institutionalisiertes Völkerrecht*, München, 2009, pp. 76-78 ; M. RUFFERT, C. WALTER, *Institutionalised International Law*, München, 2014, n° 210 ss.

et les enjeux juridiques. La régulation des compétences respectives des organisations internationales ne doit pas être confondue avec la convergence ou l'harmonisation de leurs politiques.

Au fond, la cohérence, par opposition à la fragmentation ou au désordre des politiques poursuivies, peut s'accommoder aussi bien de redondances dans les compétences des organisations internationales que de l'impérialisme ou de l'expansionnisme de certaines d'entre elles[18]. Elle ne saurait davantage constituer une fin ou un bien en soi : tout dépend de la valeur des objectifs poursuivis et des moyens choisis pour y parvenir ; le désordre peut être, au moins temporairement, fructueux s'il s'accompagne d'un basculement des forces ou des priorités ; les États peuvent faire le choix d'instituer des *checks and balances* entre les organisations internationales et en supporter le prix (à savoir les incohérences politiques et les conflits de normes)[19] ou jouer habilement des compétences rivales des organisations auxquelles ils appartiennent[20]. Tout cela relève d'une appréciation purement politique. Il est vrai, en revanche, qu'en droit aussi l'exercice coordonné de compétences exclusives, concurrentes, connexes ou complémentaires suppose un minimum d'accord sur les objectifs à poursuivre et les moyens d'y parvenir ; cela se vérifie tant dans les cas de création d'organes ou de programmes communs prestataires d'expertise ou d'autres services qu'en matière de sécurité collective[21].

[18] Sans compter que la communauté de valeurs ou même de finalités peut dissimuler des approches, des priorités, des agendas différents. Sur cette subtilité et plus généralement sur la coopération et la rivalité entre des organisations très proches à cet égard, l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, voy. « Gemeinsam arbeiten für Europa. Wechselbeziehungen zwischen Europarat, Europäischer Union und Mitgliedstaaten. Juristische Fachtagung an der Diplomatischen Akademie Wien, 15. November 2013 », in *ZaöRV*, 2014, n° 3, pp. 413-574, avec les contributions de C. GRABENWARTER, B. DE WITTE, A. EPINEY, U. FINK, C. TOBLER, S. REINDL-KRAUSKOPF).

[19] En ce sens : G. ULFSTEIN, *Institutions and Competences*, cit., p. 70 ; E. LAGRANGE, *Conclusions*, in L. DUBIN, M.-C. RUNAVOT (dir.), *Le phénomène institutionnel dans tous ses états : transformation, déformation ou réformation ?*, Paris, 2014, pp. 272-273. Voy. pour des exemples de concurrence patente entre organisations, la création de la CEN-SAD en Afrique (F.J. AÏVO, *La Communauté des États sahélo-sahariens (CEN-SAD) : acteur complémentaire ou concurrentiel de l'Union africaine*, in *AFDI*, 2009, pp. 469-495) et l'écheveau des institutions internationales en Amérique latine (N. CASTRO-NIÑO, *Concurrence et chevauchements entre organisations régionales de coopération politique : le cas des Amériques*, in E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), *Traité de droit des organisations internationales*, cit., pp. 921-931).

[20] Voy. B. DE WITTE, *The European Union's Place among the International Cooperation Venues of its Member States* , cit., spéc. pp. 445-457.

[21] Là, il existe une norme internationale à faire respecter – l'interdiction de l'emploi de la force dans les relations internationales – qui, de surcroît, s'est imposée parce que

En termes politiques, les principes régulateurs des « rapports de compétences » entre organisations internationales peuvent avoir un effet, souhaité, de rationalisation de l'action publique, nationale et internationale dans son ensemble, ou tout aussi bien, accroître l'efficacité d'une organisation au détriment des autres sans que ce gain la désigne comme étant la plus légitime. Juridiquement, la problématique se ramène à celle de la portée de l'autonomie des organisations internationales dans leurs relations mutuelles.

3. *Difficultés d'appréhension des relations entre organisations internationales en termes de rapports de compétences*

L'absence d'une constitution mondiale. L'ordre international demeure dépourvu d'une constitution internationale qui assemblerait systématiquement les pouvoirs, ordonnerait les normes les plus fondamentales relatives à leur attribution et leurs modalités d'exercice et comporterait des mécanismes propres à les faire respecter. C'est vrai de l'ordre international tout entier, englobant États et institutions internationales, c'est vrai des institutions internationales qui s'y enchâssent. L'attribution sans plan d'ensemble de fonctions à des organisations que rien ou presque ne relie atteste la difficulté de se représenter le bien commun (*infra*). Corrélativement, le principe de spécialité et l'autonomie mutuelle des organisations internationales (*infra*) entretiennent le morcellement de l'ordre juridique international.

Ce fait n'exclut pas *a priori* l'existence de principes qui réguleraient l'exercice des compétences des organisations internationales, non plus que de règles relatives à l'attribution et l'exercice des compétences étatiques.

La base conventionnelle des organisations internationales. Quant aux organisations internationales, une difficulté particulière a bien été aperçue par Charles Chaumont : à moins d'une « hiérarchisation des services publics pour les mêmes créateurs ou utilisateurs », « chaque organisation est *res inter alios acta* par rapport aux autres organisations (…) ». En effet, la base conventionnelle ou à tout le moins consensuelle des organisations internationales à l'étude paraît les enfermer dans le cercle de leurs membres, seuls aptes à connaître et se voir opposer leur droit et leurs compétences ; cette même base conventionnelle est la

les États renonçant à leur droit de guerre peuvent s'en remettre à des institutions de sécurité collective.

source, sinon unique, du moins ultime des compétences attribuées à l'organisation. C. Chaumont en conclut que chaque organisation « doit définir ses rapports avec (les autres) par voie de négociation ». Ajoutez à cela l'absence de liens de rattachement *a priori* (même si le rattachement territorial ou personnel n'est pas dépourvu de toute incidence pour les organisations qui se superposent ou se substituent aux États), et il ne pourrait pas exister de règles relatives à la compétence des organisations internationales analogues à celles qui s'appliquent aux États. Toutefois, quant à l'exercice des compétences, la position de C. Chaumont revient à tenir la difficulté pour résolue dans les cas où les conditions politiques sont réunies pour que la négociation aboutisse, ce qui relève de la pétition de principe, et à l'exagérer dans les autres cas en excluant *a priori* qu'il pût exister des principes régulateurs que l'organisation internationale devrait appliquer à l'égard de ses semblables.

L'existence d'un droit interinstitutionnel doit pourtant être examinée sérieusement, ne serait-ce qu'en raison des appartenances multiples des États. Il n'en est pas moins compliqué par le fait que le traité instituant l'organisation internationale « classique » est d'un type particulier, et parfois ouvertement envisagé comme une « constitution » opposant sa primauté et son imperméabilité aux traités institutifs d'autres organisations internationales, voire aux accords passés avec elles[22].

L'absence de conscience d'un intérêt supérieur ou commun servi par les organisations internationales. De son côté, R.-J. Dupuy a pointé à juste titre l'inexistence d'un principe structurant analogue à celui qui règle les rapports entre États, à savoir leur égalité souveraine. L'organisation internationale a ainsi tout au plus des semblables – d'autres sujets de droit dérivé – mais point de « pairs ». Leur indépendance mutuelle de principe (elle peut souffrir des exceptions), pour être fonctionnelle, n'en ferait pas moins obstacle à leur soumission à des normes internationales relatives à l'exercice de leurs compétences d'attribution. Sauf à retomber dans l'aporie de C. Chaumont, il faut alors à R.-J. Dupuy postuler un intérêt supérieur en vue duquel elles régleraient leurs rapports :

« (…) variant dans leurs finalités statutaires, elles jouissent d'un minimum de compétences internationales autour duquel peuvent

[22] L'Union européenne, dont les rapports avec d'autres organisations, l'ONU en particulier, pourraient relever d'un chapitre particulier (en ce sens, Y. DAUDET, *Conclusions générales*, in *Actualité des relations entre l'Union européenne et l'Organisation des Nations Unies…*, cit., p. 333), est ici visée.

apparaître diverses variantes. Dans leurs rapports mutuels, ce minimum s'ordonne autour d'une norme fondamentale qui leur impose de coopérer et de coordonner leurs activités au bénéfice d'un intérêt plus vaste que celui assigné à chacune d'elles : l'intérêt de la communauté universelle des Nations »[23].

La conscience de l'existence d'un intérêt supérieur ou commun au service duquel les organisations internationales se mettraient est peut-être sporadiquement perceptible et guide peut-être occasionnellement certains raisonnements (*infra*) – guère plus. Si l'on pense – ou craint – que cet intérêt supérieur ne soit en réalité que ce que chaque collectif d'États ou chaque organisation internationale veut croire qu'il est, ce principe régulateur au sens éthique du terme pourrait rapidement s'avouer contreproductif, centrifuge.

Le défi consiste donc à rechercher s'il peut exister, sur la base d'autres prémisses, sinon des règles dont la violation serait susceptible d'engager la responsabilité des organisations contrevenantes, du moins des principes modérateurs ou régulateurs lorsque les compétences des organisations internationales entrent en concours ou en contact.

La portée réduite de l'avis rendu par la CIJ en 1996. En rejetant la demande d'avis relatif à la licéité de l'emploi d'armes nucléaires présentée par l'Assemblée mondiale de la santé, la Cour internationale de Justice a semblé sonner le glas de l'interprétation autonome des actes constitutifs des organisations – et plus généralement de leurs règles – en énonçant que les compétences de l'OMS ne pouvaient pas être connues à la seule lecture de la Constitution de l'Organisation et que le « principe de spécialité » exigeait que soit prise en considération la division du travail au sein du système des Nations Unies.

« Comme le montrent ces dispositions, la Charte des Nations Unies a jeté les bases d'un 'système' tendant à organiser la coopération internationale de façon cohérente par le rattachement à l'organisation des Nations Unies, dotée de compétences de portée générale, de diverses organisations autonomes et complémentaires, dotées de compétences sectorielles.

L'exercice de ces compétences par les organisations appartenant au 'système des Nations Unies' est coordonné, notamment, par les accords

[23] R.-J. DUPUY, *Le droit des relations entre les organisations internationales*, cit., p. 584.

de liaison conclus entre l'ONU et chacune des institutions spécialisées. Pour ce qui est de l'OMS, l'accord du 10 juillet 1948 entre l'ONU et cette organisation renvoie lui-même, en son article 1, à la Constitution de cette dernière dans les termes qui suivent : 'L'Organisation mondiale de la Santé est reconnue par l'organisation des Nations Unies comme étant l'institution spécialisée chargée de prendre toutes les mesures conformes aux termes de sa Constitution en vue d'atteindre les buts fixés par cet acte'.

Il résulte de l'ensemble des textes susmentionnés que la Constitution de l'OMS ne peut être interprétée, en ce qui concerne les compétences attribuées à cette organisation, qu'en tenant dûment compte, non seulement du principe général de spécialité, mais encore de la logique du système global envisagé par la Charte » (§ 26).

On ne pouvait mieux suggérer qu'il existât – dans le système international tout entier ou dans le système des Nations Unies – des principes régulant l'expansion tendancielle des compétences des organisations internationales. En l'espèce, l'expansion des compétences implicites de l'OMS se serait heurtée à la compétence exclusive de l'ONU en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales[24]. On ne pouvait mieux suggérer qu'il existât un principe général transcendant tous les obstacles techniques à l'interprétation de la Constitution de l'OMS à la lumière et même en fonction de la Charte des Nations Unies – à savoir l'antériorité par rapport à l'ONU de l'Office international d'hygiène publique auquel l'OMS a succédé, l'absence de coïncidence initiale du cercle des États membres de l'ONU et de l'OMS, l'absence de clause subordonnant l'interprétation de la Constitution de l'OMS à celle de l'ONU… – et permettant l'éviction par l'ONU de la compétence de l'OMS qui prétendait s'appuyer sur les dispositions du Préambule de sa Constitution affirmant que la jouissance du plus haut niveau de santé est l'un des droits les plus fondamentaux de l'homme. Plus précisément, la Cour sembla dégager un principe de délimitation des compétences plutôt qu'un principe relatif à l'exercice de la compétence en cas de conflit de titres puisqu'elle n'accorda aucune considération aux dispositions du Préambule et raisonna implicitement comme s'il existait une limite extrinsèque au développement des compétences implicites de l'OMS. Bref, on ne pouvait plus fortement suggérer que « the powers of an international organization (or, at a

[24] Et peut-être à une autre limite fixée par la Cour : les compétences impliquées / implicites sont subsidiaires.

minimum, those of the specialized agencies) do not depend solely on the wishes, desires and intentions of their Member States, but also on their place within the framework of global governance). (…) this means that the matter is taken out of the hands of the WHO's own Member States »[25].

Et pourtant, ce faisant, la Cour gâcha la perspective ouverte. D'une part, son raisonnement repose sur une distinction spécieuse entre les organisations dotées de pouvoirs sectoriels et l'organisation dotée de pouvoirs généraux : la régulation de la globalisation (ou des institutions de la globalisation) peut difficilement reposer sur l'opposition du général au spécial ou au sectoriel, à moins d'attribuer à l'organisation « généraliste » un pouvoir de coordination et d'arbitrage – ce qui n'était pas ici le propos[26]. D'autre part, en opposant à la pratique de l'OMS, propice au développement de pouvoirs implicites ou impliqués, une stricte division du travail, la Cour prit le risque de voir perdurer ou apparaître des lacunes, en particulier dans les cas où l'organisation à pouvoirs généraux ne les exercerait pas sans qu'aucune organisation à pouvoirs sectoriels ne puisse combler une telle lacune.

Cette tentative d'accroître le contrôle sur l'expansionnisme institutionnel[27] fut fraîchement accueillie par la doctrine. L'approche eût-elle été moins biaisée, la Cour n'aurait, en tout état de cause, esquissé qu'une règle applicable aux rapports entre l'ONU et ses institutions spécialisées – voire peut-être moins encore : une règle de préservation de la compétence exclusive des Nations Unies – dans leur système – à l'égard du maintien de la paix et de la sécurité internationales. Or, il est rien moins que certain qu'une compétence exclusive (et non principale) des Nations Unies ait été dûment respectée depuis la création du « système des Nations Unies ».

La Cour aura néanmoins mis en exergue deux difficultés : connaître et qualifier (en termes relatifs) les compétences d'une organisation internationale, envisager l'existence de limites extrinsèques au

[25] J. KLABBERS, *Global Governance before the ICJ: Re-reading the WHA Opinion*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2009, pp. 10-11.

[26] *Contra* : J. KLABBERS considère que « the Court also tried to suggest an alternative vision on global law, one revolving aound the only international organization of general jurisdiction and practically universal membership (the United Nations) and a number of more functionally oriented specialized agencies. The vision of the Court is (…) modeled upon domestic forms of political organization: a ministry of general affairs (…) seconded by functional ministries with more limited, specialized tasks » (*ibid.*, p. 26).

[27] Selon l'expression de J. KLABBERS (*ibid.*, pp. 22-23).

développement des compétences implicites des organisations internationales[28].

4. *Recherche de principes régulateurs de l'exercice des compétences attribuées aux organisations internationales*

Les conflits négatifs ou positifs de compétences peuvent être prévenus en premier lieu par les membres des organisations eux-mêmes, d'une part, au moyen de règles inscrites dans l'acte constitutif d'organisations sans lien préconstitué[29], d'autre part, au moyen de règles propres à des « systèmes d'organisations internationales »[30]. Ces conflits peuvent aussi être prévenus ou réduits par les organisations elles-mêmes grâce à des accords interinstitutionnels, contraignants ou non, formels ou non, se concrétisant ou non par la formation d'organes communs. L'objet de cet exposé n'est pas de rendre compte en détail de ces dispositifs particuliers. D'énoncé simple ou complexe, les règles spécifiques aux rapports entre deux ou plusieurs organisations paraissent souvent trop peu déterminées juridiquement ou trop peu contraignantes pour réguler les rapports de compétences entre elles et ce d'autant plus que, développées et suivies au fil de l'expérience, elles ne sont pas toujours conformes aux actes constitutifs[31]. De là l'intérêt de rechercher

[28] Ces limites peuvent être juridiques ou politiques. J. MOUSSÉ souligne à raison in *Le contentieux des organisations internationales et de l'Union européenne*, Bruxelles, 1997, p. 320, que « certains États ont intérêt à développer les activités de l'organisation à laquelle ils appartiennent au détriment des attributions de celles où ils sont absents ».

[29] Voy. par ex. art. 350 TFUE, art. 1er des Statuts du Conseil de l'Europe.

[30] Voy. les dispositions du chapitre XI de la Constitution de l'OMS avec ses dispositions relatives aux arrangements régionaux, établis par l'OMS et partie intégrante de l'Organisation, et sa disposition spécifique à la *Pan-American Health Organization* ou les dispositions du Traité d'Abuja relatives à l'intégration en Afrique. Le plus souvent, le « système d'organisations » rassemble des sujets distincts, dont les liens sont *prima facie* lâches, et surtout sans qualification claire. Ainsi, le « système » ou « la famille des Nations Unies » n'ont pas été conçus comme et ne sont pas devenus un « 'système' au sens rigoureux du terme, c'est-à-dire un ensemble d'éléments tel que toute modification d'un élément entraîne la modification du tout (…) » (G. DEVIN, M.-C. SMOUTS, *Les organisations internationales*, Paris, 2011, p. 43 ; voy. les art. 57, 58, 59, 63 de la Charte et leur commentaire in J.-P. COT, A. PELLET, M. FORTEAU (dir.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, Paris, 2005).

[31] Comme le souligne R. BURCHILL à propos des arrangements régionaux – mais cela vaut aussi pour les organisations universelles entre elles –, « (…) the absence of any clear rules or practices for an accepted hierarchy or method of association for differing international organizations makes it difficult to resolve tensions caused by the existence of diverse institutional arrangements » (*Regional Arrangements and the UN Legal Order*, *in* R. COLLINS, N.D. WHITE (eds.), *International Organizations and the Idea of*

s'il peut exister des principes régulateurs, que les compétences des organisations internationales soient connexes, complémentaires ou concurrentes.

Cette quête peut être amorcée sous le bénéfice de quelques précisions.

1) Les conflits d'obligations pouvant naître pour les États de l'exercice concomitant ou successif des compétences non coordonnées de deux ou plusieurs organisations internationales donnent à la question des « rapports de compétences » entre organisations internationales une dimension dramatique[32]. Ils en demeurent conceptuellement distincts, bien qu'en pratique, d'une part, les conflits d'obligations résultent du chevauchement ou de l'enchaînement des compétences des organisations internationales, et d'autre part, les clauses relatives aux conflits d'obligations des États puissent jouer un rôle oblique de régulation des rapports de compétences.

2) Les propositions qui suivent reposent sur la prémisse que la « société des organisations internationales » n'a pas à être supposée plus anarchique que celle des États, que les organisations internationales sont agies et agissantes, mues sur la scène internationale par des organes sur lesquels le contrôle des membres est variable et que les conflits de compétences qui surgissent entre elles ne peuvent tous être renvoyés pour résolution aux obligations ou la bonne volonté des États membres.

3) Il peut être *a priori* supposé qu'il existe tant des principes inhérents aux entités du type « organisations internationales »[33] que des principes généraux qui règlent leurs « rapports de compétences ».

4) Leur identification est néanmoins rendue difficile par la réticence des fondateurs d'abord, des organisations internationales ensuite, à l'égard du règlement juridictionnel de différends qui pourraient surgir entre elles quant à l'extension de leurs compétences respectives[34]. En dehors de l'Avis de 1996, la jurisprudence est donc éparse et incidente.

Autonomy, Abingdon, 2011, p. 317).

[32] Voy. la communication de P. PUSTORINO dans ce volume.

[33] Sont plus précisément envisagés ici les rapports entre organisations internationales publiques, au sens donné par E. LAGRANGE, *Chapitre 2- La catégorie 'organisation internationale'*, in E. LAGRANGE, J.-M. SOREL (dir.), *Traité de droit des organisations internationales*, cit., 2013, pp. 35-70.

[34] Les accords de coopération entre l'ONU et les institutions spécialisées excluent que les secondes sollicitent un avis consultatif de la CIJ sur leurs relations réciproques

5) De tels principes n'auraient pas seulement valeur supplétive (au sens où ils seraient applicables exclusivement en l'absence d'accords de « coordination négative » ou « positive ») et ne s'appliqueraient pas seulement pour réguler les initiatives unilatérales des organisations internationales ou prévenir ou régler les conflits de « compétences ». Ils pourraient servir de guides dans la conclusion d'accords interinstitutionnels, qui peuvent unir des institutions au pouvoir de négociation inégal ou des institutions tentées d'étendre indûment leur champ de compétences à la faveur de tels accords, ou dans la mise en oeuvre de tels accords qui créent souvent un cadre procédural ou institutionnel propice à la concertation, la coopération, la coordination sans contenir d'indication sur la délimitation ou l'articulation des compétences.

A. Principes juridiques découlant de la nature même des sujets de droit dérivé

Des différents principes inhérents aux rapports entre sujets de droit dérivé, seule l'indisponibilité des compétences attribuées paraît pouvoir jouer un véritable rôle régulateur.

L'autonomie ou l'indépendance institutionnelle. A moins d'une disposition constitutive qui subordonne l'exercice des compétences d'une organisation internationale à une autre (*infra*), les organisations internationales sont autonomes, dès lors qu'elles sont personnifiées, à la fois par rapport à leurs membres et par rapport aux autres institutions internationales.

Aussi importante soit la personnification de l'organisation, le principe d'autonomie institutionnelle revêt ici le sens plus particulier d'autonomie/indépendance mutuelle dans l'exercice des fonctions de l'organisation et, fondamentalement, d'absence d'autorité centrale dans une société internationale demeurée polycentrique.

En vérité, l'autonomie institutionnelle a moins valeur de principe régulateur que de paramètre essentiel des rapports interinstitutionnels et n'est pas synonyme d'autonomie fonctionnelle[35].

avec les Nations Unies, ce qui semble devoir inclure la délimitation de leurs compétences respectives. Voy. par ex. l'article 13 de l'accord de liaison entre l'ONU et le FIDA cité in CIJ, *Jugement n° 2867 du Tribunal administratif de l'Organisation internationale du travail sur requête contre le Fonds international de développement agricole*, avis consultatif du 1er février 2012, §§ 23, 26, 42.

[35] Il a ainsi pu être observé que même si le Conseil de sécurité détient le pouvoir,

Le principe de spécialité ou principe selon lequel les organisations internationales ne détiennent que des compétences d'attribution. Il s'agit là d'une donnée fondamentale : le titre de compétences de l'organisation internationale à l'égard d'une situation réside toujours dans un acte (généralement conventionnel) d'attribution, ce qui n'exclut pas que ses pouvoirs vis-à-vis de cette situation soient aussi bien attribués qu'inhérents ou impliqués, ses compétences pouvant se dilater sous l'effet de sa pratique généralement acceptée.

Autant le droit international de la compétence applicable aux États repose sur la prémisse que toute situation doit pouvoir se rattacher à un État (à moins qu'ils n'aient transféré toute compétence à une organisation internationale) par le jeu de liens de rattachement jugés pertinents, autant de tels liens de rattachement n'ont qu'une importance secondaire quant aux organisations internationales. Lorsque deux organisations internationales revendiquent le même type de compétence (normative, opérationnelle…) à l'égard d'une situation, et à moins que le critère géographique ne soit *prima facie* pertinent (comme en matière de menaces pour la paix), les critères de départage ne seront pas à rechercher dans la situation elle-même, ou plutôt la connexité qu'elle présente avec l'une ou l'autre, mais soit dans les actes attributifs de compétences, soit en dehors, ce qui renvoie à l'interprétation des actes constitutifs et aux conflits entre actes constitutifs ou à l'application de principes spécifiques ou généraux qui ne pourront pas s'énoncer sur le mode « la compétence territoriale l'emporte sur la compétence personnelle ».

C'est une conséquence du fonctionnalisme : le principe de spécialité appliqué aux sujets dérivés ne donne qu'une indication négative sur les principes répartiteurs de compétences en cas de concurrence.

discrétionnaire, d'autoriser les organisations régionales de sécurité collective à engager une action coercitive armée, et même si cette autorisation est pour elles indispensable en dehors des situations de légitime défense, le pouvoir du Conseil de sécurité est aussi conditionné en fait que le leur l'est en droit puisque « (…) il se trouve partiellement lié par la volonté de l'organisation régionale de s'engager dans l'opération selon des modalités qu'elle définit du fait de son autonomie institutionnelle » (L. BALMOND, *La sécurité collective, du droit des Nations Unies au droit régional*, in M. ARCARI, L. BALMOND, *La sécurité collective entre légalité et défis à la légalité*, Milan, 2008, p. 58). L'autonomie institutionnelle mutuelle recouvre ici des rapports de dépendance fonctionnelle réciproque. Cela peut se présenter également en cas d'appartenance d'une organisation à une autre (voy. les enseignements qui peuvent être tirés de la conclusion entre la FAO et l'Union européenne d'un Accord cadre financier et administratif ou FAFA (29 avril 2013)).

L'indisponibilité des compétences. Dans le système international, un État peut en principe librement renoncer à l'exercice d'une compétence, en conserver le titre et en remettre l'exercice à un tiers, voire « transférer » une compétence à un tiers – sous réserve de ce qui est compatible avec sa constitution et ses engagements internationaux par ailleurs.

Les organisations internationales sont dans une autre posture : du fait que les compétences leur sont attribuées par des États, qui peuvent les récupérer en dénonçant l'acte constitutif ou le terminant, elles n'en disposent pas.

La première conséquence est que la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1986 peut être interprétée en un sens différent de la Convention de Vienne de 1969 en son article 46[36].

La deuxième conséquence est que l'organisation internationale ne peut ni renoncer conventionnellement à exercer ses compétences, ni les déléguer d'une manière qui modifie les droits des membres ou les obligations auxquelles ils ont consenti ou les rapports qu'ils ont institués entre eux par son intermédiaire sans leur accord[37]. La règle s'applique même sans texte, comme inhérente à la qualité de sujet de droit dérivé. Toutefois, une distinction a pu être établie selon que l'organisation prétendait transférer le titre de compétence (dont elle ne dispose pas) ou déléguer l'exercice de la compétence (la même chose vaudrait dans les cas où elle prétendrait l'exercer en commun avec d'autres organisations en perdant du même coup son autonomie décisionnelle)[38]. Sans doute est-ce aussi sur la base d'une telle distinction et sous réserve de l'accord

[36] La « violation des règles de l'organisation concernant la compétence pour conclure des traités » susceptible d'être invoquée comme un vice du consentement donné par l'organisation peut « en dépit des incertitudes qui avaient régné pendant les délibérations », être interprétée comme couvrant aussi bien « la distribution des pouvoirs entre les États membres et l'organisation que (…) la répartition des compétences entre les divers organes d'une organisation internationale » (M. BOTHE, *Article 46 – Convention de 1986*, in O. CORTEN, P. KLEIN (dir.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités. Commentaire article par article*, Bruxelles, 2006, t. II, p. 1721). Cette disposition ne peut toutefois être mise en œuvre qu'à condition de connaître l'étendue des compétences explicites et implicites de l'organisation.

[37] E. LAGRANGE, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international. Une contribution à la théorie de la personnalité morale des organisations internationales*, La Haye, 2002, p. 469.

[38] Ainsi, « (l)e transfert des activités sociales et culturelles de l'UEO au Conseil de l'Europe suivit une autre procédure : distinguant entre le transfert de compétences et l'exercice des compétences, seul concerné, le Conseil des Ministres estima qu'une décision à laquelle une résolution du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe répondit suffisait : il n'y aurait pas eu de modification du Traité de Bruxelles, le transfert n'aurait été que provisoire » (*ibid.*, p. 469 (avec des références)).

général (mais pas forcément unanime ni explicite) de ses membres qu'une organisation internationale peut, avec d'autres, créer une institution personnifiée qui n'ait d'autre fonction que de mettre à exécution ses propres actes. En revanche, dès lors que l'organisation aliène son pouvoir de décision (au sens large) à un tiers (concrètement, une autre organisation internationale), une clause de l'acte constitutif lui reconnaissant la faculté de devenir membre d'une autre organisation internationale ou un accord unanime des membres en ce sens sont un prérequis[39]. A ce moment, la délimitation des compétences respectives des organisations est scrutée et/ou réglée méthodiquement – tant pour préserver l'autonomie de l'organisation devenant membre que pour prémunir l'organisation « d'accueil » contre les difficultés liées à la double appartenance de l'impétrante et de ses membres[40].

B. Principes nécessaires à la régulation ou modération des rapports de compétences entre organisations internationales

Faute de pouvoir établir leur existence coutumière, on peut rechercher *in abstracto* quels principes seraient susceptibles d'être juridiquement tenus pour nécessaires dans un système international fortement institutionnalisé.

4.1. Utilité limitée des règles applicables aux traités portant sur la même matière

Formellement applicables, les règles de la Convention de Vienne de 1969 sont en réalité d'une utilité très limitée pour des raisons qui tiennent à l'objet et aux effets spécifiques des actes constitutifs, sensibles au moment d'interpréter les actes constitutifs ou de résoudre les contradictions qui apparaissent entre eux.

Dans l'hypothèse où l'acte constitutif antérieur ne s'oppose pas explicitement à la conclusion d'un autre acte constitutif auquel seraient parties certains membres de la première organisation seulement, la question peut se poser de l'applicabilité non pas de principe mais en pratique de l'article 41, § 1, *b)*, *i)* de la Convention de Vienne de 1969. En effet, les dispositions ici en jeu ne sont pas de celles qui ont trait à des obligations mais à la constitution d'un sujet de droit dérivé auquel

[39] Auquel peuvent s'ajouter d'autres conditions liées à l'immutabilité de l'ordre juridique créé par l'organisation (*supra*).

[40] L'appartenance d'une organisation à une autre constitue un chapitre en soi des « relations entre les organisations internationales » qui ne sera pas traité ici.

des compétences sont attribuées. L'applicabilité de cette disposition ne peut réellement être envisagée que si l'organisation créée en second se voit attribuer la compétence de prendre des actes obligatoires pour ses membres et que ses membres s'engagent à donner priorité à l'exécution de ceux-ci sur leurs obligations découlant de l'acte constitutif antérieur. En d'autres termes, cette règle ne peut devenir réellement obligatoire que si l'on ne considère, dans l'acte constitutif, que les obligations qu'il contient pour les membres (ou celles qui en découlent pour eux).

Sous réserve des articles 30, § 1 et 30, § 2 de la Convention de Vienne de 1969, les règles de résolution des conflits de normes conventionnelles ne sont elles aussi que d'une utilité très limitée[41]. La priorité accordée à la *lex posterior* (art. 30, § 3) lorsque les *memberships* se superposent et que les traités successifs (avec identité de parties) portent sur la même matière (*i.e.* « ont le même degré de généralité ») est pratiquement sans intérêt alors que l'ordre de création des organisations doit beaucoup aux contingences politiques et que la notion de matière est sans doute moins importante, s'agissant d'actes constitutifs, que celles de fonctions et de compétences des organisations considérées. Les compétences des organisations internationales peuvent-elles seulement être utilement comparées les unes aux autres en termes de « degré de généralité » ? La priorité accordée à la *lex specialis* ne présente pas beaucoup d'intérêt non plus : faudrait-il considérer qu'elle doit profiter à l'organisation qui a le champ de compétences le plus étroit et/ou les compétences et pouvoirs les plus affûtés ? Lorsque les *memberships* ne coïncident pas parfaitement, la règle énoncée à l'article 30, § 4 est trop dominée par une logique relationnelle pour s'appliquer systématiquement aux rapports entre États médiatisés par des institutions internationales. Enfin, il ne se trouve pas de règle générale pour déterminer le rapport entre les normes de droit dérivé produites respectivement par deux organisations internationales[42].

L'autonomie mutuelle des actes constitutifs est enfin consolidée par l'importance accordée (ou à accorder) aux finalités poursuivies par les organisations internationales : les compétences sont attribuées aux organisations en vue de certaines finalités (par ex. la libéralisation des échanges pour les unes, leur standardisation ou leur sécurisation pour les autres) ; elles peuvent coïncider parfaitement (*memberships*, domaines, pouvoirs associés) mais différer radicalement par leurs finalités. La

[41] M. RUFFERT, *Zuständigkeitsgrenzen internationaler Organisationen*…, cit., pp. 149 ss.

[42] *Ibid.*, p. 151.

délimitation des compétences respectives des organisations concurrentes est donc impossible sauf hiérarchisation des finalités.

Les organisations internationales constituant un ensemble indissociable de finalités et de fonctions, de règles de participation, de règles de compétences et de règles de décision (au sens très large de processus décisionnel), les conflits de compétences qui les opposent ne peuvent pas être réglés par l'application brutale à leurs actes constitutifs des règles qui valent pour les traités successifs n'ayant pas pour objet la constitution d'un sujet de droit dérivé doté de compétences d'attribution.

4.2. Recherche de principes alternatifs

Il est intellectuellement possible d'affirmer que « dans le partage des tâches c'est, en principe, l'organisation la plus spécialisée qui doit agir à titre principal même dans les domaines où sa concurrente aurait la possibilité de le faire ne serait-ce que parce qu'elle dispose de crédits budgétaires plus importants »[43].

Le principe est rationnel mais il se heurte – sauf peut-être en matière d'harmonisation / standardisation technique[44] – au fait que l'expertise d'une organisation n'impose pas juridiquement sa compétence prioritaire et que les membres peuvent considérer la règle de décision suivie respectivement par l'une ou l'autre comme un paramètre plus déterminant que celui de la spécialité.

Tout un jeu de principes peut être imaginé, et évalué, qui se distribue en principes d'application générale (a) et principes d'application complémentaire, intervenant pour la mise en œuvre d'un principe répartiteur des compétences (b).

a. Principes généralement applicables

(1) Absence de présomption de l'exclusivité de la compétence d'une organisation internationale

On peut conjecturer sans risque que l'exclusivité de la compétence d'une organisation internationale dans un domaine d'activité particulier ne se présume pas : c'est un corollaire du principe selon lequel les États agencent librement les compétences qu'ils attribuent à des organisations

[43] J. MOUSSÉ, *Le contentieux des organisations internationales…*, cit., p. 320.

[44] Ce serait le cas bilatéralement et verticalement entre organisations de standardisation dans le domaine de l'aviation civile internationale par exemple (selon J. MOUSSE).

internationales. Il en va de même pour le caractère prioritaire de la compétence d'une organisation internationale sur une autre.

(2) Principe d'interprétation contextuelle de l'acte constitutif ?

Ni les organes ni les membres d'une organisation internationale ne peuvent feindre d'ignorer que les seconds se répartissent entre une pluralité d'organisations internationales et que l'absence de coordination risque de rétroagir sur l'organisation drapée dans sa parfaite autonomie institutionnelle. C'est une donnée de fait, non dépourvue cependant d'assise juridique. En effet, l'attribution par un État de compétences à une organisation internationale est une expression de son pouvoir d'auto-organisation et du libre usage de ses compétences ; le refus de la prendre en considération pourrait se lire comme une ingérence dans l'exercice de ses prérogatives. Si on l'admet, plusieurs principes peuvent être avancés.

Premier sous-principe, établi : l'acte constitutif d'une organisation internationale s'interprète *en tenant compte des engagements internationaux contractés par ailleurs* par les États membres (art. 31, § 3, *c)* de la Convention de Vienne de 1969).

Une interprétation conciliante des actes constitutifs est donc prescrite – à tout le moins lorsque les *memberships* coïncident.

Deuxième sous-principe, envisageable, corollaire du premier : le principe de *l'interprétation raisonnable* de l'acte constitutif, qui pourrait trouver à s'appliquer lorsque des organisations internationales disposent de compétences de nature semblable, dans des domaines connexes, ou sont en position de concurrence.

Par exemple, les compétences d'une organisation donnée ne pourraient être interprétées de manière si extensive qu'elles évincent l'exercice par une autre organisation de ses propres compétences en défense d'autres intérêts d'égale valeur.

(3) Principe de subsidiarité ?

Il ne peut que retenir l'attention dans la mesure où les situations de non-exclusivité sont les plus fréquentes[45].

Cependant, la subsidiarité est une notion polymorphe qui peut

[45] Son applicabilité est envisageable également en cas de délégation de pouvoir, le pouvoir étant délégué (ou déléguable) si la délégation apporte un surcroît d'efficacité ou de légitimité et à celui qui paraît le mieux à même de l'exercer.

renvoyer aussi bien à la recherche d'une plus grande *proximité* avec la source du pouvoir ou les destinataires ultimes d'une action, qu'à la recherche d'une plus grande *efficacité* ou encore à celle du *niveau le plus adéquat de décision compte tenu des dimensions ou des effets de l'action envisagée*.

D'évidence, le principe de subsidiarité est donc susceptible de recouvrir des logiques contradictoires – entre lesquelles un arbitrage est nécessaire. Son application n'ordonne pas exclusivement les rapports entre des entités formellement superposées, n'articule pas automatiquement des organisations opposées comme le régional à l'universel, s'étend à des organisations juxtaposées et se voit logiquement précédée d'un bilan coût-avantage dans un certain contexte normatif et empirique[46]. L'arbitrage entre les niveaux de décision ou d'action revêt une telle charge politique – par ses conséquences mais aussi par les critères à mobiliser – qu'il ne peut être opéré *in fine* qu'avec l'accord des États membres.

Toutefois, même ainsi compris, le principe de subsidiarité ne serait pas sans utilité : les initiatives d'un organe intégré ou d'un organe interétatique gagneraient à être motivées par un raisonnement qui s'appuie sur un choix clair en fonction de l'une ou l'autre conception de la subsidiarité et la démonstration subséquente que la compétence revendiquée serait la plus adéquatement exercée.

En d'autres termes, dans une logique d'*accountability*, à la brutalité de l'accord des membres se donnant les apparences de l'indifférence par rapport aux autres organisations pourrait être substitué l'accord des membres sous-tendu par la prise en considération explicite de l'existence d'une « gouvernance multi-niveaux ».

(4) Principe de proportionnalité ?

C'est tout aussi bien dans une logique d'*accountability* qu'un principe de proportionnalité pourrait déployer ses effets.

Il pourrait signifier qu'en cas de compétences concurrentes ou complémentaires, une organisation ne devrait agir qu'autant que

[46] Il est tentant de transposer aux rapports de compétences entre organisations internationales ce propos de M. KUMM qui ne leur accordait alors que peu d'attention : « As such, it is a structural principle that applies to all levels of institutional analysis, ranging from the big picture assessment of institutional structure and grant of jurisdiction to the micro-analysis of specific decision-making processes and the substance of specific decisions » (*The Legitimacy of International Law: A Constitutional Framework of Analysis*, in *European Journal of International Law*, 2004, p. 921).

nécessaire, compte tenu de l'action entreprise (ou prévue ou promise) par les autres organisations concernées.

(5) Principe de hiérarchisation des fonctions ?

Les prodromes d'une hiérarchisation des fonctions – et corrélativement des compétences – sont présents dans la pratique internationale, tant conventionnelle[47] que jurisprudentielle[48].

L'affirmation d'un principe général imposant aux organisations internationales de respecter inconditionnellement la prééminence de la fonction de maintien de la paix et de la sécurité internationales, au moins dans la mesure où les Nations Unies en assument la responsabilité principale, se heurte pourtant au refus de certaines d'entre elles (l'Union européenne, *supra*, mais aussi l'Union africaine) de reconnaître inconditionnellement la primauté *erga omnes* des obligations découlant de la Charte[49] et à la divergence des standards de protection des droits de l'homme applicables respectivement à l'ONU et dans les organisations internationales aux fonctions secondaires (*infra*).

(6) *Principe de coopération, principe de bon voisinage, principe de non-interférence ?*

L'idée est simple : de même que la coopération serait devenue un principe général des rapports entre États – ou à tout le moins des rapports entre les États membres de l'ONU –, les organisations

[47] Voy. la déclaration n° 13 relative aux dispositions du TFUE : « (…) l'Union européenne et ses États membres demeureront liés par les dispositions de la Charte des Nations unies et, en particulier, par la responsabilité principale incombant au Conseil de sécurité et à ses États membres du maintien de la paix et de la sécurité internationales ».

[48] Voy. not. certains arrêts de la CEDH (requêtes n° 71412/01, 78166/01, *Behrami c. France et Saramati c. France, Allemagne et Norvège*, décision de Grande chambre du 2 mai 2007, §§ 148 ss. ; requête n° 65542/12, *Stichting Mothers of Srebrenica et autres c. Pays-Bas*, décision de la Troisième section du 11 juin 2013).

[49] Voy. pour l'Union européenne l'affaire *Kadi* (*infra*) et pour l'Union africaine, voy. not. les positions de son prédécesseur, l'OUA, dans l'affaire dite de *Lockerbie* et la décision demandant à ses membres, parties ou non au Statut de la CPI, de ne pas coopérer aux fins d'arrestation du chef d'un État africain tiers au Statut, inculpé dans le cadre de l'exercice par la CPI de sa compétence en vertu de l'article 13, *b)* (voy. M. FALKOWSKA, A. VERDEBOUT, *L'opposition de l'Union africaine aux poursuites contre Omar Al Bashir. Analyse des arguments juridiques avancés pour entraver le travail de la Cour pénale internationale et leur expression sur le terrain de la coopération*, in *Revue Belge de Droit International*, 2012, n° 1, pp. 201-236).

internationales seraient également liées par ce principe général du système international contemporain ; elle est récurrente en doctrine[50].

Si l'on doute qu'il ait la portée universelle qui lui est ainsi prêtée, le principe de coopération interinstitutionnelle pourrait découler des appartenances multiples de leurs membres. Certains auteurs ont pu considérer que « (…) la double appartenance d'États à plusieurs systèmes n'est possible que dans la mesure où le plus vaste ne poursuit que des unifications assez superficielles : c'est un fait que plus on monte dans les ordres composés, plus on passe des règles concrètes à des plans de plus en plus abstraits en raison de l'effort de généralisation qu'ils supposent »[51]. L'exemple de l'OMC déjoue cette tentative de rationalisation. C'est plutôt parce que les fonctions – ici la fonction normative – ne sont pas étagées du concret/local au général/universel, tandis que l'appartenance des États à des organisations de composition et de fonctions variées se démultiplie, que la coopération peut sembler logiquement s'imposer comme un principe nécessaire. Entre la nécessité sociale et l'avènement du principe juridique s'interpose toutefois la liberté revendiquée par les États de disperser les compétences qu'ils attribuent à des sujets de droit dérivé entre des organisations aux fonctions, missions, objectifs, divergents[52].

Un fondement alternatif peut être recherché dans le caractère objectif du transfert ou de l'attribution de compétences par les États à des organisations internationales (*supra*). Ce principe verrait toutefois sa

[50] Voy. les travaux précités de R.-J. DUPUY, L. BALMOND, N.M. BLOKKER, G. ULFSTEIN. Alors que les relations entre organisations internationales ne font pas l'objet d'un chapitre spécifique, au contraire des relations entre organisations internationales et personnes privées, *The Exercize of Public Authority* contient cette formule, applicable dans sa généralité aux rapports interinstitutionnels : « There are remarkable attempts to establish the principle of cooperation as a general principle of international law even beyond the law of international institutions. According to Wolfgang Friedmann's famous categories of international law, the cooperation between states is the defining principle of an era which has overcome the more traditional international law focused on mere coexistence or coordination. The principle of cooperation has the character of structural, guiding, and legal principle. The latter entails a common responsibility of all participating authorities for the realization of the objectives of the international regime in question » (A. VON BOGDANDY, *General Principles*, in A. VON BOGDANDY, R. WOLFRUM, J. VON BERNSTORFF, P. DANN, M. GOLDMANN (eds.), *The Exercize of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, Heidelberg, 2010).

[51] R.-J. DUPUY, *Le droit des relations entre les organisations internationales*, cit., p. 570.

[52] Sur le mouvement de prolifération des organisations internationales, voy. N.M. BLOKKER, H.G. SCHERMERS, *Proliferation of International Organizations. Legal Issues*, précité.

portée limitée. En lui-même, il ne dit pas concrètement comment le conflit positif ou négatif de compétences doit être évité.

Finalement, la consistance et la portée de ce principe s'avèrent décevantes. Il semble qu'il ne puisse pas s'élever au-dessus de la *soft law* ou de la qualité de « directive politique applicable aux rapports » entre certaines catégories d'organisations (par exemple, l'ONU et les organisations régionales). Au-delà, il pourrait dégénérer en un « multilatéralisme égalitaire »[53] qui ferait disparaître les hiérarchies de fonction, les limites établies aux compétences et donc finalement les responsabilités. En d'autres termes, le principe de coopération est trop indéterminé pour structurer juridiquement la gouvernance mondiale ou globale. Il en exprime au plus l'idée politique.

Des auteurs ont préféré envisager l'existence d'un principe de bon voisinage (« a principle of good neighbourliness »)[54]. C'est de l'incapacité des organisations internationales à exercer seules leurs fonctions respectives que découlerait l'utilité sociale d'un tel principe. Juridiquement, sa formulation s'inspirerait de la notion communautaire / européenne d'équilibre institutionnel qui impose aux institutions européennes d'exercer leurs compétences en ayant égard à celles des autres institutions. Outre l'absence, dans les institutions internationales considérées, d'un mécanisme de sanction de la violation d'un tel principe, l'inexistence dans le système international de critères permettant d'identifier clairement des pôles entre lesquels l'équilibre devrait être préservé menace la transposition entre les systèmes institutionnels d'un raisonnement forgé à l'intérieur d'un système.

M. Ruffert – mais c'était en 2000 – a exprimé un certain scepticisme à l'égard d'un principe de coopération qui contiendrait une obligation positive pour les organisations internationales de coopérer en vue de l'accomplissement de leurs fonctions respectives[55].

En revanche, il considérait qu'un principe de non-interférence (ou de non-intervention, non-gêne : *Störungsverbot*) dans les compétences d'une autre organisation pouvait être dégagé. Son argumentaire est le suivant : il est vrai que la base conventionnelle des compétences des organisations internationales confère à leurs initiatives unilatérales un

[53] L'expression est employée initialement par L. BALMOND à propos des organisations universelle et régionales de sécurité collective (« La sécurité collective, du droit des Nations Unies au droit régional », cit., p. 67) et étendue ensuite à toutes les organisations.

[54] N.M. BLOKKER, *Proliferation of International Organizations: An Explanatory Introduction*, cit., pp. 25 ss.

[55] P. RUFFERT, *Zuständigkeitsgrenzen internationaler Organisationen…*, cit., pp. 161-162.

effet purement relatif que les autres organisations peuvent ignorer ; néanmoins, l'appartenance des États à une pluralité d'organisations interdit d'en rester à ce point sauf à les exposer à la multiplication d'obligations contradictoires ; un principe *in statu nascendi* – l'auteur reste très prudent – voudrait qu'une organisation internationale ne doive pas interpréter son acte constitutif et ses compétences d'une manière qui puisse en gêner une autre ; un tel principe serait renforcé par le fait que les organisations internationales ne tiennent que formellement leurs compétences d'une attribution par les États membres mais que matériellement, c'est la communauté internationale qui se constitue en organisation internationale pour un domaine matériel ou thématique ou régional donné[56].

Cet éventuel *Störungsverbot*, d'une part, renvoie aux obligations pesant sur les États eux-mêmes (en tant que membres d'organisations internationales contraints à une coopération loyale), d'autre part, peut, dans certains cas, se fondre dans les règles d'interprétation de l'acte constitutif (s'il n'est pas directement gravé dans celui-ci), mais il est aussi susceptible d'instrumentalisations douteuses : que l'OMC décide de renvoyer la question de la clause sociale à l'OIT ne règle en aucune manière le problème de l'articulation entre droit des travailleurs et droit du commerce international[57].

b. Principes d'application complémentaire

D'autres principes sont susceptibles de compléter les normes qui articulent, fût-ce sommairement[58], les compétences de deux ou plusieurs organisations internationales.

L'on songe en premier lieu au principe de subsidiarité, mais d'autres encore se laissent dessiner.

(1) Principes applicables entre organisations dotées respectivement de pouvoirs ressortissant respectivement à la décision et à l'exécution

Premier sous-principe envisageable : Il est à présumer que

[56] Selon une libre traduction de l'auteur (*ibid.*, p. 161).

[57] Voy. F. MAUPAIN, *Gouvernance mondiale et cohérence de l'action des acteurs multilatéraux en matière économique, commerciale et sociale*, in L. DUBIN, M.-C. RUNAVOT, *Le phénomène institutionnel dans tous ses états*, cit., pp. 94-102.

[58] Une forme très sommaire d'articulation consiste dans la reconnaissance par une organisation de la compétence exercée par une autre ; les dispositions du droit de l'Union relatives à la mise en œuvre des résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies constituent au contraire une forme élaborée d'articulation.

l'organisation détentrice du « pouvoir de décision » laisse à l'organisation détentrice du « pouvoir d'exécution » (tout comme à ses membres) ou du pouvoir de contrôler les actes d'exécution pris par les États membres au regard d'un certain standard une marge propre d'appréciation. Cette présomption prend son origine dans le fait que l'organisation dotée du pouvoir de décision ne détient, dans un domaine considéré, qu'une compétence attribuée et, le plus souvent, amputée du pouvoir d'exécution. Dit autrement, en l'absence de hiérarchisation formelle, la compétence de décision d'une organisation ne peut être présumée s'exercer sur un mode qui conditionne totalement la compétence d'exécution d'une autre organisation.

Des exemples tirés de la pratique récente se rapprochent de ce principe.

La CEDH a dégagé, dans l'affaire *Al-Jedda contre le Royaume-Uni*, un principe d'interprétation de la Charte des Nations Unies qui, pour être fondé sur les buts des Nations Unies (la protection des droits de l'homme) transformés en contrainte juridique (pour leurs organes) et pour constituer par ailleurs un guide pour sa propre pratique, n'en pourrait pas moins être généralisé :

« La Cour conclut que, lorsque doit être interprétée une résolution du Conseil de sécurité, il faut présumer que celui-ci n'entend pas imposer aux États membres une quelconque obligation qui contreviendrait aux principes fondamentaux en matière de sauvegarde des droits de l'homme »[59].

Cet énoncé peut être lu comme ménageant le champ de compétences respectif d'organisations constituant pour leurs membres des ordres de contrainte différents, poursuivant une autre finalité que le maintien de la paix (ici, la protection des droits de l'homme).

De manière un peu plus ambiguë, la CJCE dit dans son arrêt *Kadi* :

« Il y a toutefois lieu de relever que la charte des Nations unies n'impose pas le choix d'un modèle déterminé pour la mise en œuvre des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du chapitre VII de cette charte, cette mise en œuvre devant intervenir conformément aux modalités applicables à cet égard dans l'ordre juridique interne de chaque membre de l'ONU. En effet, la charte des Nations unies laisse en principe aux membres de l'ONU le libre choix entre différents modèles

[59] Requête n° 27021/08, arrêt de Grande chambre du 7 juillet 2011, § 102.

possibles de réception dans leur ordre juridique interne de telles résolutions »[60].

Dans sa généralité, un tel principe d'interprétation du droit dérivé d'une organisation, qui concrétise l'exercice d'une compétence, pourrait diminuer le risque de contradictions naissant pour les membres de l'exercice de compétences complémentaires (voire concurrentes).

Second sous-principe, envisageable : *l'équivalence ou la suffisance de la protection des droits fondamentaux*.

Le test de l'équivalence ou de la suffisance de la protection des droits fondamentaux de la personne peut *a priori* opérer comme principe de distribution ou redistribution des compétences dans deux configurations.

Entre organisations pouvant revendiquer des compétences et pouvoirs de même nature à l'égard d'une même question, les États membres peuvent préférer celle des deux qui offre une garantie équivalente à celle qui vaut dans leurs ordres juridiques internes ou considérée comme suffisante à cette aune.

Entre organisations affichant des compétences distinctes mais complémentaires, le test opère différemment.

Si deux organisations sont compétentes pour agir, dans l'exercice de pouvoirs distincts mais connexes (décision / exécution ou contrôle de l'exécution par ex.), la seconde peut-elle subordonner la mise en œuvre des décisions de la première au dû respect des droits fondamentaux de la personne par celle-ci ? La question prend toute son acuité lorsque l'organisation détentrice du pouvoir de décision mais non de mise en œuvre ne laisse point de marge d'appréciation aux exécutants.

Une réponse positive est donnée par la pratique de la CJUE et de la CEDH, bien que ces juridictions aient choisi une formulation atténuée et oblique tenant en la « suspension » de l'exercice par l'organisation chargée de l'exécution d'une partie de ses compétences (ici plus précisément : de contrôle juridictionnel de la mise en œuvre) si s'applique, dans la première, un standard de protection des droits fondamentaux équivalent ou suffisant au regard du sien[61]. La CEDH a

[60] Affaires jointes C-402/05 P et C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne*, 3 septembre 2008, § 298.

[61] Voy. pour la CEDH la jurisprudence développée à partir de l'affaire *Bosphorus c. Irlande* (requête n° 45036/98, arrêt de Grande chambre du 30 juin 2015), d'abord à propos de l'Union européenne (cette affaire, not. §§ 155-157) puis à propos de l'ONU (CEDH, requête n° 5809/08, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, arrêt de

souligné que la présomption d'équivalence des protections dont bénéficient alors les États parties à la CESDH vise, lorsqu'elle peut jouer,

« à éviter qu'un État partie soit confronté à un dilemme lorsqu'il lui faut invoquer les obligations juridiques qui s'imposent à lui, en raison de son appartenance à une organisation internationale non partie à la Convention »[62].

En pratique, un tel test d'équivalence ou de suffisance de la protection des droits fondamentaux n'a vraiment d'effet régulateur qu'entre organisations soumises en substance au même standard, coutumier ou conventionnel, de protection des droits de l'homme.

Si les principes divergent, de l'avis de l'organisation d'aval, l'effet régulateur immédiat se perd, la présomption dont bénéficient les États tombe (comme dans l'affaire *Al-Dulimi*) et la hiérarchie fonctionnelle (exceptionnelle) risque d'être anéantie par la hiérarchie normative qui se dessine sur la base de prémisses dualistes entre les organisations internationales considérées comme ordres juridiques.

Cependant, si le rapport de forces le permet, se met en place un mode de coordination de l'exercice des compétences entre organisations internationales assez efficace puisque le pouvoir d'arbitrage des États n'a plus rien d'un droit d'option peu coûteux entre deux engagements ; au contraire, le coût de l'arbitrage est tel que les États ont intérêt à chercher une formule de conciliation de leurs engagements (qui correspondent, côté organisations internationales, à la mise en œuvre des compétences), bref à peser en faveur d'un rapprochement des standards retenus dans l'une et l'autre des organisations.

Ce n'est que sous la contrainte politique objective constituée par la jurisprudence de la CJCE puis la CJUE dans l'affaire *Kadi* (et quelques autres) que le Conseil de sécurité a fait évoluer quelque peu sa pratique en matière de sanctions ciblées[63], trop peu cependant pour que les

chambre du 26 novembre 2013, frappé de renvoi devant la Grande chambre, §§ 114-122). Voy. pour l'Union européenne CJCE, Grande chambre, *Kadi*, précité, spéc. §§ 299-327 ; Tribunal de l'Union européenne, aff. T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi c. Commission européenne*, spéc. §§ 126-128 ; la solution est confirmée dans un arrêt de Grande chambre dit *Kadi III* de la Cour (not. §§ 131, 133-134) qui met parfaitement en évidence par ailleurs les implications de l'absence d'équivalence de la garantie des protections en termes de mise en œuvre (aff. C-584/10 P, C-593/10 P, C-595/10 P, 18 juillet 2013).

[62] CEDH, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, précité, § 116.

[63] Voy. C. BEAUCILLON, *Les mesures restrictives de l'Union européenne*, Bruxelles, 2014, not. pp. 514 ss.

organes de l'Union acceptent de renoncer à l'exercice d'une partie de leurs compétences en considération de l'équivalence des standards de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne et à l'ONU[64]. Cette contrainte politique résultait de la pression représentée, en soi, par cette jurisprudence mais aussi de la pression interne des États membres, et de l'Union, et de l'ONU, ou de la seule ONU (la Suisse) pour lever une impasse née de l'inopposabilité de l'article 103 à l'Union européenne[65] et des ambiguïtés entretenues par la CEDH à l'égard de son applicabilité en cas de conflit avec la Convention de Rome[66].

Finalement, en l'absence de coïncidence des *memberships* de surcroît, le test de l'équivalence des protections révèle davantage un pouvoir d'empêchement et un pouvoir d'influence de l'organisation fonctionnellement subordonnée qu'un principe régulateur de l'exercice des compétences des organisations.

(3) Principe de substitution ?

Soit une organisation internationale qui s'abstiendrait d'exercer une compétence conditionnant l'exercice de celles de ses semblables. Celles-ci pourraient-elles se substituer à celle-là si une action était jugée indispensable ?

Il est hautement improbable que le détenteur d'une compétence d'exécution puisse se substituer au détenteur d'une compétence de décision – et par là substituer son pouvoir d'appréciation au sien –, ou que le délégataire puisse se saisir d'un pouvoir que le délégant retient, ou qu'une auto-habilitation puisse tenir lieu d'habilitation[67].

Les cas dans lesquels « l'acte manquant » est une autorisation suscitent en revanche de vives discussions[68]. A quelles conditions une

[64] CJUE, Grande chambre, affaire « *Kadi* », C-584/10 P, C-593/10 P, C-595/10 P, 18 juillet 2013, not. § 133.

[65] Voy. le raisonnement d'ensemble suivi par la CJCE dans l'arrêt « *Kadi* » précité du 3 septembre 2008, à comparer au raisonnement tenu par le TPICE dans son arrêt du 21 septembre 2005 frappé de pourvoi (aff. T-306/01, *Ahmed Ali Yusuf et Al Barakat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des Communautés européennes*).

[66] Voy. la succession de arrêts *Al-Jedda c. Royaume-Uni* (req. n° 27021/08, arrêt de Grande chambre du 7 juillet 2011), *Nada c. Suisse* (req. n° 10593/08, arrêt du 12 septembre 2012) et *Al-Dulimi c. Suisse* (req. n° 5809/08, arrêt du 26 novembre 2013 frappé de renvoi devant la Grande chambre).

[67] Où l'on retrouve l'importance de pouvoir qualifier avec précision les actes reliant les unes aux autres les compétences d'organisations internationales : délégation, autorisation, habilitation n'emportent pas à cet égard les mêmes effets.

[68] A. PEYRO-LLOPIS, *Force, ONU et organisations régionales*, cit., pp. 447 ss.

organisation dont le pouvoir est, d'après sa charte même, subordonné à l'autorisation d'une organisation tierce peut-elle légalement agir sans l'attendre ? La question se pose évidemment en matière d'emploi de la force par les organisations régionales de sécurité collective. A moins de pulvériser les bases du système de sécurité collective institué en 1945, il convient de déterminer *légalement* quand l'organisation régionale pourrait être relevée de la nécessité de solliciter et obtenir une autorisation pour employer la force. Ce pourrait être, par exemple, à condition que soit constaté un abus de droit, une erreur manifeste d'appréciation ou à condition que la situation ait été qualifiée par l'organe compétent qui se serait ensuite abstenu de réagir. Il est probable qu'un tel mécanisme de substitution ne puisse jouer que dans les cas où les organisations concernées sont investies du pouvoir de faire respecter une norme de droit international général ; il est possible que ses effets soient temporaires, le temps qu'intervienne une validation – dont la possibilité légale est elle-même discutée ; il se peut enfin que celle des deux organisations qui se substitue à l'autre soit tenue de ne pas agir en offrant des garanties moindres que l'organisation « abstinente », notamment en termes de protection des droits fondamentaux.

A ces conditions, le basculement pourrait s'opérer d'une logique politique, articulée en termes de légitimité, vers une logique juridique, articulée en termes de validité. Un tel régime est imaginable mais n'existe pas encore.

5. *Conclusions*

Une petite poignée de principes peuvent être tenus pour certains ou très plausibles :

1) Les organisations internationales n'ont pas la pleine disposition des compétences qui leur sont attribuées.

2) Les actes constitutifs doivent être interprétés de manière à les concilier sur le fondement de l'article 31 de la Convention de Vienne et de la présomption (réfragable) selon laquelle les États membres ne recherchent pas la contradiction des actes constitutifs mais s'en accommodent.

3) Ni l'exclusivité, ni la priorité des compétences d'une organisation ne se présument.

4) Le caractère objectif des attributions ou transferts de compétences des États aux organisations internationales, couplé avec le principe n° 1, impose une interprétation raisonnable de l'acte constitutif (qui tienne compte de l'existence d'autres organisations internationales compétentes).

Pour le surplus, les principes envisagés n'ont qu'une valeur structurante très partielle (la hiérarchisation des fonctions n'opère juridiquement qu'en faveur du maintien de la paix et de la sécurité internationales ; le principe de substitution ne pourrait jouer, sous des conditions restrictives, que s'il existait un principe général à faire respecter) ; leur applicabilité est subordonnée à divers conditions ou corollaires (principe de substitution) ; ils fournissent des guides ou des repères pour un raisonnement mettant en balance une pluralité d'intérêts et de considérations parfois réversibles (principe de subsidiarité, principe de non-interférence...) ; ils ont juridiquement un effet à ce jour plus déstructurant que structurant (test ou principe de l'équivalence des protections).

Si le fonctionnalisme est synonyme de relativisme et exclut l'énonciation de règles claires et *a priori* de régulation des compétences des organisations internationales, il ne condamne aucunement une exigence de motivation par l'organisation de la décision d'exercer ses compétences lorsqu'elles entrent en concours avec celles de tout ou partie de ses membres ou d'une autre organisation dont ils sont membres, dans une logique d'*accountability*, de transparence, de contrôle au moins indirect de ses actions. En ce sens, les développements qui précèdent auront surtout mis en évidence les considérations qui doivent être mises en balance lorsque la question de la compétence respective des organisations internationales se pose à leurs membres et à leurs organes.

Si les principes juridiques spécifiquement régulateurs de l'exercice des compétences des organisations internationales sont insuffisants, la régulation ne peut s'effectuer que selon les principes généraux du droit international et/ou selon d'autres modalités, non justiciables et parfois non juridiques. En voici des exemples.

En premier lieu, *les obligations des membres eux-mêmes* peuvent avoir un effet structurant sur les compétences des organisations internationales. A côté des règles solidement établies mais au champ d'application limité (par ex. les restrictions à la liberté de conférer des compétences), certains principes peuvent avoir des conséquences

paradoxales (comme l'obligation de coopération loyale avec l'organisation), d'autres, intéressant la résolution de conflits d'obligations, ne sont pas nécessairement opposables aux organisations internationales elles-mêmes (art. 103 de la Charte des Nations Unies).

En deuxième lieu, *la constitution par secteurs d'activités de régimes* qui coordonnent l'action d'organisations – et d'autres sujets – dont les compétences entrent en concours peut suppléer l'absence de règles générales de résolution des conflits de compétences.

La distribution fine des compétences entre les organisations participantes dépend alors de l'existence d'un accord minimal sur les règles matérielles et les objectifs autour desquels le régime se cristallise (les « expectations » dans la terminologie de S. Krasner). Mais cette distribution fine est sans doute aussi flexible et étrangère à tout exclusivisme et formalisme ; elle repose sur l'idée que « the issues define the structure rather than vice versa… ».

En troisième lieu, *les effets de domination* sont prégnants. La domination peut profiter à un groupe d'États qui assume une fonction de coordination des organisations internationales. Ainsi des « G » : en dépit de l'article 58 de la Charte des Nations Unies qui s'applique en tout état de cause exclusivement aux institutions spécialisées, le pouvoir de coordination des politiques publiques internationales a largement migré vers des organes de coordination à composition restreinte[69]. Ou à une organisation (l'OMC par exemple) sur celles qui ont des compétences concurrentes ou connexes (l'OIT par exemple). Ou à une organisation dotée d'un véritable système constitutionnel ou du système institutionnel le plus robuste. Ou encore à celle qui apporte les financements les plus importants. Ou à celle qui manie le plus habilement le discours, les symboles, le plaidoyer. La conseillère juridique de l'OMC conclut une belle présentation de toutes les initiatives entreprises par une OMC avide de jouer les chefs de file d'organisations internationales et de fixer l'agenda des organisations de normalisation sur ce propos honnête dont la portée politique est laissée à l'appréciation du lecteur :

« (…) l'analyse de la coopération entre les différentes OIG atteste de la volonté de chacune d'entre elles de faire comprendre aux autres sa rationalité et d'en partager les valeurs.

Plus particulièrement, l'OMC, lorsqu'elle coopère avec les autres organisations intergouvernementales, essaie, par une stratégie

[69] Voy. L. DELABIE, *Gouvernance mondiale : G8 et G20 comme modes de coopération interétatique informels*, in *Annuaire Français de Droit International*, 2009, pp. 629-663 ; A. DEJAMMET, *L'archipel de la gouvernance mondiale*, Paris, 2012.

d'universalisation, de promouvoir ses intérêts particuliers comme étant l'intérêt général au sein du système international.

(…) La coopération entre les OIG est ainsi un outil efficace de promotion des valeurs protégées par l'OMC au sein du système juridique international »[70].

[70] G. MARCEAU et J. MOTTE-BAUMVOL, *La complémentarité entre organisations, un remède à la crise des organisations internationales. L'exemple de l'OMC* , in L. DUBIN, M.-C. RUNAVOT, *Le phénomène institutionnel dans tous ses états*, cit., p. 80.

COORDINAMENTO E CONCORRENZA TRA ORGANI POLITICI DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI E ISTANZE GIURISDIZIONALI INTERNAZIONALI

Maurizio ARCARI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Coordinamento e concorrenza tra organi politici e organi giudiziari nell'ambito delle Nazioni Unite: il controllo di legalità incidentale e limitato sugli atti del Consiglio di sicurezza (o l'influenza strisciante della c.d. "*political question*"). – 3. Interazioni e concorrenza con modelli relazionali "esterni" alle Nazioni Unite: a) il controllo di legalità svolto dalle giurisdizioni dell'Unione europea (o il modello del "controllo in linea di principio completo"). – 4. *Segue:* b) il controllo di legalità svolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (o il modello della "protezione equivalente"). – 5. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Il tema dei rapporti tra organi politici delle organizzazioni internazionali e istanze giudiziarie internazionali presenta profili interessanti per il giurista internazionalista. Pur con gradazioni e sfumature diverse da caso a caso, le organizzazioni internazionali si caratterizzano per il fatto di presentare un contesto istituzionalizzato, qualificato da un atto istitutivo di natura in senso lato costituzionale. Lo strumento costitutivo dell'organizzazione internazionale frequentemente prevede la presenza, accanto a organi di natura politica, di organi con funzioni giurisdizionali o para-giurisdizionali e provvede a disciplinarne le rispettive competenze e funzioni, anche riguardo all'applicazione e all'interpretazione dello stesso atto costitutivo. Questi fattori, unici nel panorama delle relazioni internazionali, si prestano a richiamare talune problematiche tipiche del diritto costituzionale interno, quali il tema della separazione tra poteri, del rapporto e del bilanciamento tra diversi poteri e del contenzioso di legalità.

D'altra parte è vero che, in conseguenza del fatto che le organizzazioni internazionali sono dotate solo dei poteri loro attribuiti dagli Stati membri e sono fortemente condizionate nella loro esistenza e funziona-

* Straordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi Milano-Bicocca.

mento dal principio di specialità[1], il tema dei rapporti tra organi politici e organi giurisdizionali (ove esistenti) è destinato a trovare una specifica regolamentazione nell'atto istitutivo di ciascuna organizzazione internazionale. Posto che sul punto i trattati istitutivi delle organizzazioni internazionali esistenti propongono formule assai diverse (basti pensare alle differenze quasi abissali che, sul tema del contenzioso di legalità, segnano la situazione di Nazioni Unite e Unione europea), ne deriva l'estrema difficoltà di racchiudere in una formula omogenea la problematica del rapporto tra organi politici e organi giudiziari nelle organizzazioni internazionali.

La difficoltà di individuare una prospettiva unitaria per l'inquadramento del problema oggetto della nostra attenzione può essere superata ricorrendo ad alcuni espedienti. Un primo espediente consiste nel circoscrivere l'ambito dell'indagine, prendendo come punto di riferimento il modello di relazione tra organi politici e organi giurisdizionali offerto dall'organizzazione *universale* per eccellenza, le Nazioni Unite, per poi concentrarsi su un aspetto particolare della relazione medesima, ovvero il controllo di legalità sugli atti del Consiglio di sicurezza. Benché quest'ultimo problema sia ampiamente noto e sviluppato, esso continua a mantenere una sua attualità e un interesse apparentemente inesauribile, come dimostra il fatto che l'*Institut de Droit international* ha recentemente iscritto nella propria agenda di lavoro il tema del "Controllo giurisdizionale delle decisioni del Consiglio di sicurezza"[2].

Un secondo espediente consiste nel situare il modello prescelto nella prospettiva particolarmente ampia indicata dal titolo del presente scritto: in esso si fa riferimento ai rapporti tra organi politici delle organizzazioni internazionali e istanze giurisdizionali internazionali genericamente considerate, alludendo così alla possibilità che la relazione di coordinamento/concorrenza possa svolgersi anche rispetto a istanze giurisdizionali "esterne" al particolare ambito istituzionale della singola organizzazione cui appartengono gli organi politici considerati. È appena il caso di notare che l'indicata prospettiva "intersistemica" è stata recentemente evocata dalle questioni legate alle c.d. sanzioni "intelligenti" del Consiglio di sicurezza, i cui profili di legalità e compatibilità con le esigenze di tutela

[1] Sul punto cfr. Corte internazionale di giustizia, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, parere consultivo 8 luglio 1996, in *ICJ Reports*, 1996, pp. 78-79, par. 25.

[2] Cfr. il rapporto preliminare presentato alla sessione di Tokyo del 2013 dell'*Institut de droit international* dal relatore incaricato, R. WOLFRUM, *Judicial Control of Security Council Decisions*, disponibile in www.idi-iil.org.

dei diritti fondamentali sono state portate all'attenzione di corti appartenenti a organizzazioni regionali (Unione europea) o a sistemi di controllo istituiti da trattati diversi dalla Carta delle Nazioni Unite (Convenzione europea dei diritti dell'uomo)[3].

Un approccio in tal modo delimitato si pone l'obiettivo di cogliere (o di tentare di cogliere), nella loro dimensione dinamica, le interrelazioni esistenti tra le differenti possibilità, modalità e modelli di controllo di legalità che si sviluppano nei diversi ambiti istituzionali considerati e valutare, in prospettiva, quali possano essere i risultati di tali interrelazioni. L'idea che si intende suggerire è che, più che fattori strutturali conseguenti alle soluzioni tecniche codificate nei trattati istitutivi delle varie organizzazioni internazionali, sono i diversi valori sostanziali che intervengono nell'ambito del contenzioso di legalità – o il diverso spazio a loro riservato – a marcare le differenze tra i possibili modelli di coordinamento/concorrenza tra organi politici e organi giurisdizionali.

2. *Coordinamento e concorrenza tra organi politici e organi giudiziari nell'ambito delle Nazioni Unite: il controllo di legalità incidentale e limitato sugli atti del Consiglio di sicurezza (o l'influenza strisciante della c.d. "*political question*")*

I termini della relazione tra organi politici delle Nazioni Unite e Corte internazionale di giustizia sono ampiamente noti e in questa sede possono essere richiamati solo per sommi capi[4]. Per quanto riguarda, in particolare, il rapporto tra la Corte (definita come il "principale organo giurisdizionale" dell'Organizzazione dall'art. 92 della Carta) e il Consiglio di sicurezza (organo politico incaricato della "responsabilità principale del mantenimento della pace e della sicurezza internazionali" ai sensi dell'art. 24 della Carta, ma altresì investito di competenze nel campo della soluzione pacifica delle controversie internazionali in base al

[3] Il tema è ampiamente noto e studiato: tra i tantissimi contributi esistenti in materia si vedano i volumi collettanei F. SALERNO (a cura di), *Sanzioni "individuali" del Consiglio di sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, Padova, 2010; J. RIDEAU, C. GREWE, L. BALMOND, M. ARCARI (dir.), *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Equilibre et déséquilibre de la balance*, Bruxelles, 2010; B. FASSBENDER (ed.), *Securing Human Rights? Achievements and Challenges of UN Security Council*, Oxford, 2011.

[4] Per una trattazione esaustiva della questione v. il volume di M.I. PAPA, *I rapporti tra la Corte internazionale di giustizia e il Consiglio di sicurezza*, Padova, 2006, e l'ampia bibliografia ivi citata.

Capitolo VI della stessa) è risaputo che non esiste nella Carta delle Nazioni Unite una disposizione che ne coordini espressamente l'attività o che affermi la priorità/subordinazione dell'una rispetto all'altro. Una delle poche disposizioni che potrebbe essere pertinente sul punto, l'art. 36, par. 3, della Carta (secondo cui «il Consiglio di Sicurezza deve tenere presente che le controversie giuridiche dovrebbero, di regola generale, essere deferite dalle parti alla Corte Internazionale di Giustizia»), è formulata in termini così vaghi da rendere impossibile la ricostruzione di un obbligo di deferenza del Consiglio di sicurezza rispetto alla Corte. D'altra parte, è tutt'altro che fuori luogo ammettere che la Corte internazionale di giustizia, nell'adempimento della sua funzione di soluzione giudiziale delle controversie tra Stati, possa apportare un contributo significativo nella gestione delle situazioni suscettibili di condurre a una rottura della pace e, dunque, venire in soccorso alla responsabilità del Consiglio di sicurezza nel campo del mantenimento della pace (che, ricordiamolo, è sì "principale", ma non esclusiva)[5].

In mancanza di una disposizione che, a differenza di quanto accade con l'art. 12 per quanto concerne i rapporti tra Assemblea generale e Consiglio di sicurezza, si occupi di risolvere il problema della *litispendenza* tra i due organi, la Corte ha provveduto a elaborare nella propria giurisprudenza – *in primis* contenziosa – una formula di convivenza basata sul principio del "parallelismo funzionale"[6]. Secondo tale formula, tanto il Consiglio quanto la Corte potrebbero esercitare, nell'osservanza dei limiti funzionali assegnati dalla Carta, le proprie competenze riguardo a una medesima situazione o controversia, senza per ciò escludere reciprocamente o interferire nella rispettive sfere d'azione. Ciò muovendo dal presupposto, ben messo in luce in un passo della sentenza del 1984 sulle eccezioni preliminari nel caso delle *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua*, secondo cui «the Council has functions of a political nature assigned to it, whereas the Court exercises purely judicial functions. Both organs can therefore perform their separate but complementary functions with respect to the same events»[7].

Il principio della complementarietà tra funzioni giudiziarie e funzioni degli organi politici è stato a diverse riprese ribadito dalla Corte inter-

[5] Cfr. sul tema D. AKANDE, *The Role of the International Court of Justice in the Maintenance of International Peace*, in *African Journal of International and Comparative Law*, 1996, p. 592 ss.

[6] Su tale principio, estesamente, cfr. M.I. PAPA, *I rapporti*, cit., pp. 211-243.

[7] *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua c. Stati Uniti), giurisdizione della Corte e ammissibilità del ricorso, sentenza 26 novembre 1984, in *ICJ Reports*, 1984, p. 435, par. 95.

nazionale di giustizia anche in sede di svolgimento della propria competenza consultiva, sotto un duplice profilo. Da un lato, la Corte si è costantemente rifiutata di ammettere che gli aspetti politici di una questione sottoposta alla sua attenzione potessero rappresentare un valido motivo per rifiutare di rispondere alla richiesta di parere consultivo[8]. D'altro lato, essa ha costantemente sottolineato come la risposta alla richiesta di parere «represents its participation in the activities of the Organization»[9], esaltando così una visione della funzione consultiva quale forma di integrazione e coordinamento tra l'attività degli organi politici e giudiziari delle Nazioni Unite.

Tuttavia, come evidenziato in un bello scritto di Luigi Condorelli già nel 1994, se la formula «ciascuno fa il suo mestiere a modo suo» può funzionare quando Corte e Consiglio sono chiamati a svolgere in parallelo – *ma nella stessa direzione* – le proprie funzioni, ovvero quando essi agiscano in un'ottica di coordinamento, mossi dal comune obiettivo di risolvere pacificamente o disinnescare una certa controversia, la soluzione mostra tutti suoi limiti nel momento in cui le relazioni tra gli organi entrino in una dimensione concorrenziale o, addirittura, conflittuale[10]. Ciò può avvenire quando gli Stati coinvolti in una lite si rivolgono a Corte e a Consiglio facendosi portatori di richieste opposte e confliggenti, oppure quando l'efficacia della decisione di uno dei due organi venga posta in contestazione di fronte all'altro. Come noto, ciò si è verificato nel famosissimo caso *Lockerbie*, ove il diritto della Libia di esercitare l'opzione *aut dedere aut iudicare* rispetto a propri cittadini accusati di un atto di terrorismo si scontrava con il contenuto opposto di una decisione del Consiglio di sicurezza adottata in base al Capitolo VII, che imponeva alla Libia di consegnare i due sospettati a Regno Unito e Stati Uniti. Basti qui ricordare che, proprio per il fatto di porre di fronte alla Corte la questione della legalità di una decisione del Consiglio di sicurezza, l'affare *Lockerbie* è stato ripetutamente accostato in dottrina al famoso

[8] Cfr. da ultimo *Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo*, parere consultivo 22 luglio 2010, in *ICJ Reports*, 2010, p. 415, par. 27 («the Court has repeatedly stated that the fact that a question has political aspects does not suffice to deprive it of its character as a legal question. Whatever its political aspects, the Court cannot refuse to respond to the legal elements of a question which invites it to discharge an essentially judicial task, namely, in the present case, an assessment of an act by reference to international law»), e i riferimenti alla precedente giurisprudenza ivi contenuti.

[9] *Ibidem*, p. 416, par. 30.

[10] L. CONDORELLI, *La Corte internazionale di giustizia e gli organi politici delle Nazioni Unite*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1994, p. 897 ss.

caso della giurisprudenza statunitense *Marbury c. Madison*[11], risalente al 1803, nel quale la Corte suprema degli Stati Uniti fu chiamata a pronunciarsi per la prima volta sulla questione dell'ammissibilità di un controllo di legittimità degli atti del governo federale in assenza di esplicite previsioni in tal senso nella costituzione americana[12]. In effetti, la questione (risolta in senso positivo dalla Corte suprema degli Stati Uniti), nei suoi termini essenziali si poneva altresì di fronte alla Corte internazionale di giustizia rispetto alle decisioni del Consiglio di sicurezza, stante l'assenza nella Carta delle Nazioni Unite di un espresso potere di "*judicial review*" della Corte sugli atti degli organi politici dell'Organizzazione.

È altrettanto noto che, nel caso *Lockerbie*, la Corte non ha potuto pronunciarsi definitivamente sul punto, poiché la controversia è stata radiata dal ruolo per effetto dell'accordo raggiunto tra le parti. Tuttavia, dopo aver affermato durante la fase della richiesta di misure provvisorie l'effetto *prima facie* prevalente alle decisioni del Consiglio di sicurezza rispetto agli obblighi della Libia[13], nelle sentenze del 1998 sulle eccezioni preliminari la Corte aveva riconosciuto un rilievo non esclusivamente preliminare alla medesima questione e ne aveva rimandato l'esame alla fase di merito[14], con ciò profilando l'astratta possibilità di un proprio sindacato sulla legalità delle risoluzioni del Consiglio.

In realtà, al di là della timida e poco conclusiva indicazione fornita dal caso *Lockerbie*, la Corte aveva già provveduto nella precedente giurisprudenza, soprattutto in sede consultiva, a delineare i parametri essenziali di una politica giudiziaria sul tema del controllo di legalità sugli atti degli organi politici delle Nazioni Unite. Al parere consultivo del 1948 sulle *Condizioni di ammissione di uno Stato alle Nazioni Unite* risaliva

[11] *William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States*, February 1803, 5 U.S. 137.

[12] Tra i commenti apparsi all'epoca dell'affare *Lockerbie*, esplicito nel senso di un accostamento con il caso *Marbury c. Madison* v. in particolare T. FRANCK, *The "Powers of Appreciation": Who Is the Ultimate Guardian of UN Legality?*, in *American Journal of International Law*, 1992, p. 519 s. Più recentemente sul tema v. J. CRAWFORD, Marbury v. Madison *at the International Level*, in *George Washington International Law Review*, 2004, p. 505 s.

[13] Cfr. *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie* (Libia c. Regno Unito e Libia c. Stati Uniti), richiesta di indicazione di misure provvisorie, ordinanze 14 aprile 1992, in *ICJ Reports* 1992, rispettivamente pp. 3 e 114.

[14] Cfr. *Questions of Interpretation and Application of the 1971 Montreal Convention Arising from the Aerial Incident at Lockerbie* (Libia c. Regno Unito e Libia c. Stati Uniti), obiezioni preliminari, sentenze 27 febbraio 1998, in *ICJ Reports*, 1998, rispettivamente pp. 9 e 115.

l'*obiter dictum* secondo cui «The political character of an organ cannot release it from the observance of the treaty provisions established by the Charter when they constitute limitations on its powers or criteria for its judgments», che faceva presumere l'esistenza di limiti procedurali e sostanziali, derivanti dalla Carta, al potere degli organi politici delle Nazioni Unite[15]. Nel parere consultivo del 1962 su *Certe spese delle Nazioni Unite*, la Corte, pur rilevando da un punto di vista generale l'assenza in seno all'Organizzazione di una procedura giurisdizionale analoga a quella esistente all'interno degli Stati per determinare la validità degli atti legislativi o governativi, valutò comunque le risoluzioni istitutive delle operazioni UNEF I e ONUC alla luce delle disposizioni della Carta riguardanti il mantenimento della pace e della sicurezza, procedendo dall'assunto secondo cui «when the Organization takes action which warrants the assertion that it was appropriate for the fulfilment of one of the stated purposes of the United Nations, the presumption is that such action is not *ultra vires* the Organization»[16]. Ancor più preciso e articolato fu il ragionamento della Corte sul punto nel parere sulle *Conseguenze giuridiche della continua presenza del Sud Africa in Namibia*. Anche in questo caso, dopo aver escluso in termini assai chiari di essere investita in virtù della Carta di un potere di controllo giurisdizionale o di appello sulle decisioni del Consiglio di sicurezza, la Corte procedette comunque a esaminare (confutandole puntualmente) le obiezioni opposte dal Sud Africa alla validità della risoluzione 276 (1976) e delle risoluzioni dell'Assemblea generale riguardanti la fine del mandato sudafricano sulla Namibia, che della prima risoluzione erano il presupposto. L'assunto della Corte in questa circostanza, fu che «in the exercise of its judicial function and since objections have been advanced the Court, in the course of its reasoning, will consider these objections before determining any legal consequences arising from those resolutions»[17].

È appena il caso di notare che l'atteggiamento di fondo delineato nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia riguardo il tema del controllo di legalità sugli atti del Consiglio di sicurezza sarà, pur con le ovvie differenze, fatto proprio più tardi da un'altra istanza giurisdizionale operante nell'ambito delle Nazioni Unite, il Tribunale penale

[15] Cfr. *Conditions of Admission of a State to Membership in the United Nations (Article 4 of the Charter)*, parere consultivo 28 maggio 1948, in *ICJ Reports*, 1949, p. 64.

[16] Cfr. *Certain Expenses of the United Nations*, parere consultivo 20 luglio 1962, in *ICJ Reports*, 1961, p. 168.

[17] Cfr. *Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, parere consultivo 21 giugno 1971, in *ICJ Reports*, 1971, p. 45, par. 89.

internazionale per l'*ex*-Iugoslavia. Chiamata a valutare la legittimità delle risoluzioni istitutive del Tribunale, la Camera d'appello, nella nota sentenza del 2 ottobre 1995 nel caso *Tadić*, ha escluso di agire quale tribunale "costituzionale" rispetto alla validità di atti degli organi politici delle Nazioni Unite, ma ha rivendicato un potere di sindacato incidentale, strumentale all'accertamento del legittimo e regolare esercizio della propria competenza. Su tale premessa, la Camera d'appello ha proceduto a valutare nel merito i pertinenti profili di legittimità dell'azione del Consiglio di sicurezza, muovendo dalle ben note petizioni di principio secondo cui «the Security Council is subjected to certain constitutional limitations, however broad its power under the constitution may be. (…) In any case, neither the text nor the spirit of the Charter conceives the Security Council as *legibus solutus*»[18]. È appena il caso di notare che un simile sindacato incidentale sulla legittimità dell'azione del Consiglio di sicurezza è stato in seguito svolto da altre sezioni dello stesso Tribunale per l'*ex*-Iugoslavia – tra gli altri si possono ricordare i casi *Milosevic*[19] (influenza delle decisioni del Consiglio di sicurezza sull'indipendenza del Procuratore del Tribunale), *Krajišnik*[20] (impatto della decisione del Consiglio di sicurezza di prorogare il mandato di un giudice *ad hoc* sull'indipendenza del Tribunale e sulla tutela dei diritti dell'imputato) e *Milutinović*[21] (effetto delle decisioni del Consiglio di sicurezza basate sul Capitolo VII rispetto a Stati terzi alla Carta delle Nazioni Unite). Nello stesso senso si sono pronunciate altre istanze giurisdizionali specializzate operanti in senso alle Nazioni Unite o ad esse collegate, quali il Tribunale penale internazionale per il Ruanda nel caso *Kanyabashi*[22] e il Tribunale speciale per il Libano nel caso *Ayyash*[23] (delle cui peculiarità si dirà tra breve).

[18] Cfr. *Prosecutor v. Duško Tadić*, Case No. IT-94-1-AR72, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 ottobre 1995, par. 28.

[19] Cfr. *Prosecutor v. Slobodan Milosevic*, Case No. IT-02-54, Decision on Preliminary Motions, 8 novembre 2001, parr. 12-17.

[20] Cfr. *Prosecutor v.Momćilo Krajišnik*, Case No. IT-00-39-T, Decision on Defence Motion for a Ruling that His Honour Judge Canivell is Unable to Continue Sitting in This Case, 16 giugno 2006, parr. 14-20.

[21] Cfr. *Prosecutor v. Milan Milutinović, Dragoljub Ojdanić, Nikola Sainović*, Case No. IT-99-37-PT, Decision on Motion Challenging Jurisdiction, 6 maggio 2003, parr. 45-63.

[22] Cfr. *Prosecutor v. Kanyabashi*, Case No. ICTR-96-15-T, Decision on Jurisdiction, 18 giugno 1997, parr. 17-29.

[23] Cfr. *Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash, Mustafa Amine Badreddine, Hussein Hassan Oneissi, Assad Hassan Sabra*, Case No. STL-11-01/PT/AC/AR90.1, Decision on the Defence Appeals against the Trial Chamber's "Decision on the Defence Challenges to the Jurisdiction and Legality of the Tribunal", 24 October 2012, parr. 32-52.

Dal complesso di tali precedenti, pare possibile estrapolare una formula generale adatta a regolare i rapporti tra giurisdizioni internazionali operanti nell'ambito delle Nazioni Unite e Consiglio di sicurezza. In assenza di apposite disposizioni nella Carta che istituiscano un meccanismo istituzionalizzato di controllo di legittimità degli atti degli organi politici delle Nazioni Unite, ogniqualvolta di fronte a un organo giurisdizionale dell'Organizzazione si ponga *in via preliminare* la questione della legalità di una risoluzione del Consiglio di sicurezza e dei suoi effetti tanto sui diritti degli Stati coinvolti quanto sul regolare esercizio della giurisdizione del tribunale adito, lo stesso potrà *incidentalmente* conoscere della questione ai fini della soluzione del caso di specie. I limiti di un tale controllo di legalità incidentale sono peraltro evidenti. Per quel che concerne in particolare l'eventuale esercizio da parte della Corte internazionale di giustizia, essi deriveranno dall'efficacia soggettivamente limitata e dalla portata oggettivamente circoscritta del verdetto pronunciato dalla Corte in sede contenziosa, oppure dall'effetto non vincolante della soluzione adottata in sede consultiva. Le stesse considerazioni quanto all'efficacia soggettivamente e oggettivamente circoscritta della soluzione data alla questione preliminare di legalità possono evidentemente riproporsi, *mutatis mutandis*, anche per le altre giurisdizioni del gruppo onusiano.

Peraltro, in luogo di insistere su tali limiti strutturali, pare più interessante per il seguito del nostro discorso evidenziare il fatto che il controllo giurisdizionale sugli atti del Consiglio di sicurezza svolto in sede di Nazioni Unite non solo è *incidentale*, ma si propone anche come *parziale* o *limitato* nella sua portata, in ragione delle particolari considerazioni di natura politica che in esso intervengono. Per illustrare il punto, sia permesso richiamare nuovamente il precedente della giurisprudenza statunitense rappresentato dal caso *Marbury c. Madison*, sopra citato per evocare un parallelismo con il caso *Lockerbie* di fronte alla Corte internazionale di giustizia. Nella medesima sentenza nella quale la Corte Suprema degli Stati Uniti affermò il principio della sindacabilità in sede giurisdizionale degli atti del governo federale, essa delineò anche la dottrina della c.d. "*political question*" – poi ulteriormente sviluppata e articolata nella successiva giurisprudenza – secondo la quale vi sarebbero materie, questioni e decisioni del potere esecutivo insindacabili di fronte a un tribunale: ciò non tanto e non solo per una loro intrinseca valenza politica, ma anche (e soprattutto) per il fatto che le pertinenti norme

giuridiche del sistema riservano, nelle anzidette materie, un ampio margine di potestà discrezionale alle scelte degli organi politici[24].

Ora, è ben vero, e lo si è già ricordato sopra, che nella propria costante giurisprudenza la Corte internazionale di giustizia ha sempre fermamente escluso che il carattere politico di una controversia sottoposta alla giurisdizione contenziosa o che i profili politici di una questione oggetto di considerazione in sede consultiva potessero limitare o addirittura escludere l'esercizio della funzione giurisdizionale della Corte. Tuttavia, un conto è affermare che il carattere politico di una questione possa condizionare in astratto e a priori la *giustiziabilità* della stessa (cioè la possibilità stessa che essa venga portata di fronte a un giudice); altro è riconoscere che la portata del sindacato giurisdizionale svolto dal giudice su una certa questione possa subire limitazioni e restringimenti in ragione del più o meno ampio margine di discrezionalità che, nella gestione della questione medesima, viene riservato agli organi politici[25]. Non pare azzardato ipotizzare che sia questo secondo aspetto della "*political question*", e non il primo, che può intervenire a condizionare la portata del sindacato di legittimità svolto dalle istanze giurisdizionali internazionali rispetto agli atti del Consiglio di sicurezza.

Decisivo, per meglio comprendere le ragioni della portata circoscritta del sindacato giurisdizionale sugli atti del Consiglio di sicurezza, risulta il rilievo preminente assegnato, nel contesto dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, alla finalità del mantenimento della pace e all'efficacia dell'azione del Consiglio di sicurezza in tale ambito. Fu in ragione della rapidità e dell'efficacia degli interventi del Consiglio nell'ambito del mantenimento della pace che alla Conferenza di San Francisco i redattori della Carta scelsero, da un lato, di escludere la possibilità di un sindacato giurisdizionale della Corte internazionale di giustizia sulle decisioni dell'organo; dall'altro, di lasciare un ampio margine di discrezionalità al Consiglio nella valutazione delle situazioni pericolose per la pace e nella

[24] Sul tema della "*political question*" nella dottrina statunitense v. tra i tanti contributi T. FRANCK, *Political Questions/Judicial Answers*, Princeton, 1992. Nella dottrina italiana, cfr. il recente contributo di D. AMOROSO, *Insindacabilità del potere estero e diritto internazionale*, Napoli, 2012, spec. pp. 24-26.

[25] Cfr. sul punto J. KLABBERS, *Straddling Law and Politics: Judicial Review in International Law*, in R. ST. JOHN MACDONALD, D.M. JOHNSTON (eds.), *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Leiden/Boston, 2005, pp. 820-822 e 826-831, il quale parla di "procedural" o "marginal review" rispetto agli atti di organi politici. V. anche le sintetiche ma efficaci distinzioni di J. MERRILS, *International Adjudication and Autonomy*, in R. COLLINS, N.D. WHITE (eds.), *International Organizations and the Idea of Autonomy*, London/New York, 2011, pp. 173-174.

scelta delle misure idonee a mantenerla o ristabilirla[26]. La stessa Corte internazionale di giustizia, rivendicando nella propria giurisprudenza successiva la possibilità di un esame incidentale sulla legittimità delle decisioni del Consiglio di sicurezza, ha sempre dimostrato di voler circoscrivere la propria valutazione agli aspetti riguardanti la regolarità formale e procedurale delle decisioni stesse, evitando accuratamente di scendere nell'esame degli aspetti sostanziali delle scelte operate dall'organo (quali, ad esempio la verifica della veridicità di una determinazione dell'esistenza di una minaccia alla pace o dell'adeguatezza delle misure decise ai fini del ristabilimento della pace stessa). Sono conferma di tale atteggiamento di *self-restraint* una serie di *caveat* sparsi in alcune delle pronunce già ricordate.

Significativo, ad esempio, è il fatto che nel citato parere del 1948 sulle *Condizioni di ammissione di uno Stato alle Nazioni Unite* l'osservazione secondo cui il carattere politico di un organo non basta a sottrarlo al rispetto delle disposizioni della Carta che ne reggono le competenze sia accompagnata dalla precisazione che ciò vale «when they constitute limitations on its powers or criteria for its judgment»[27]: dal che pare potersi dedurre che il grado di soggezione di un organo politico a vincoli giuridici dipenderà prima di tutto dal grado di precisione con il quale le disposizioni del trattato istitutivo provvedono a tracciare i limiti dei relativi poteri e competenze. Nel parere consultivo del 1962 su *Certe spese delle Nazioni Unite*, la già citata formula concernente la presunzione di legalità delle risoluzioni adottate dagli organi politici nell'adempimento di uno dei fini istituzionali dell'Organizzazione era preceduta dall'importante affermazione di principio secondo cui, nel sistema della Carta delle Nazioni Unite, «the primary place ascribed to international peace and security is natural, since the fulfilment of other purposes will be dependent upon the attainment of that basic condition»[28]. Ancora, nel parere del 1971 sulla *Namibia*, la Corte torna sullo stesso concetto della presunzione di validità delle risoluzioni degli organi politici delle Nazioni Unite, legandolo però al ricorrere di determinate condizioni formali, quali l'adozione da parte di un organo regolarmente istituito, l'adozione secondo le regole di procedura dell'organo e la proclamazione della re-

[26] Cfr., per la ricostruzione dei lavori preparatori di San Francisco sul punto, M. ARCARI, *Les exigences de la sécurité collective*, in J. RIDEAU, C. GREWE, L. BALMOND, M. ARCARI (dir.), *Sanctions ciblées*, cit., pp. 15-18; con riferimento al ruolo della Corte internazionale di giustizia, anche M.I. PAPA, *I rapporti*, cit., pp. 295-301.

[27] Cfr. testo cit. *supra*, nota 15.

[28] Cfr. *Certain Expenses of the United Nations*, cit., p. 168.

golare adozione da parte del Presidente dell'organo: «A resolution of a properly constituted organ of the United Nations which is passed in accordance with that organ's rules of procedure, and is declared by its President to have been so passed, must be presumed to have been validly adopted»[29].

Un atteggiamento di grande circospezione nella valutazione dei profili sostanziali di legalità delle decisioni del Consiglio di sicurezza è presente anche nel ragionamento del Tribunale che, più di altri, ha affermato chiaramente il principio della "*judicial review*" rispetto all'azione dell'organo politico. Nella decisione *Tadić* del 1995, la Camera d'appello del Tribunale, non solo aveva proclamato in maniera perentoria che il Consiglio di sicurezza non poteva considerarsi *legibus solutus*, ma aveva anche escluso in termini generali che sulla soluzione del problema potesse in alcun modo incidere la dottrina della "*political question*", che era invece stata utilizzata dalla Camera di primo grado per affermare l'insindacabilità delle risoluzioni del Consiglio[30]. Tuttavia, passando a valutare nel merito se la decisione del Consiglio di sicurezza di creare un Tribunale penale internazionale potesse rappresentare una misura adeguata all'obbiettivo del mantenimento della pace e della sicurezza internazionali, la Camera d'appello si è barricata dietro l'ampio potere discrezionale che l'art. 39 della Carta riserva all'organo in questa materia. La Camera d'appello ha infatti ritenuto che «such a choice [of means] involves *political evaluation* of highly complex and dynamic situations»[31], con ciò utilizzando un linguaggio evidentemente reminiscente della dottrina della "*political question*".

In definitiva, il rilievo prioritario (se non esclusivo) riservato alle scelte politiche legate al mantenimento della pace e della sicurezza internazionali pare svolgere una grande influenza sulla portata e sugli esiti del controllo di legalità effettuato dagli organi giurisdizionali delle Nazioni Unite rispetto alle decisioni del Consiglio di sicurezza. Il rilievo accordato dai tribunali a tali scelte può variare di caso in caso, secondo una scala che va dal *self-restraint* all'aperta deferenza. Quest'ultimo atteggiamento pare caratterizzare la più recente tra le sentenze che hanno affrontato il tema, resa nel 2012 dalla Camera d'appello del Tribunale speciale per il Libano relativamente al citato caso *Ayyash*, ove la teoria della "*political question*" è stata recuperata in tutta la sua pienezza per affermare la radicale insindacabilità in sede giurisdizionale delle scelte operate dal Con-

[29] Cfr. *Legal Consequences for States*, cit., par. 20.
[30] Cfr. *Prosecutor v. Duško Tadić*, cit., parr. 23-25.
[31] *Ibidem*, par. 39.

siglio di sicurezza nell'ambito del mantenimento della pace[32]. Ma anche in un caso-limite come quello da ultimo citato, determinante è risultato lo spazio di discrezionalità lasciato all'organo politico delle Nazioni Unite, ritenuto nella circostanza talmente ampio e penetrante da annullare gli stessi parametri giuridici di riferimento alla stregua dei quali risulta possibile operare il controllo di legalità[33].

3. *Interazioni e concorrenza con modelli relazionali "esterni" alle Nazioni Unite: a) il controllo di legalità svolto dalle giurisdizioni dell'Unione europea (o il modello del "controllo in linea di principio completo")*

Vi è ora da verificare se e come il modello relazionale dei rapporti tra organi politici e organi giurisdizionali delineato nel contesto delle Nazioni Unite, e basato su un sistema di controllo di legalità incidentale e limitato nella portata, sia in grado di "reggere" il confronto con modelli relazionali "esterni" alla Carta stessa. Come già accennato, ai fini di tale verifica, risulta particolarmente interessante considerare i casi in cui la questione degli effetti di decisioni del Consiglio di sicurezza è stata portata all'attenzione di istanze giurisdizionali internazionali operanti in ambito regionale, come le corti dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Per quanto riguarda il caso dell'Unione europea, troppo nota per essere ripercorsa nei dettagli è la saga giudiziaria nell'ambito della quale gli organi di giustizia dell'Unione sono stati chiamati a pronunciarsi – a due riprese e in doppio grado di giudizio – sulla situazione del signor Yassin Abdullah Kadi, persona iscritta nella lista degli individui sospettati di associazione con la rete Al-Qaida e sottoposta alle misure intelligenti disposte dal Consiglio di sicurezza con le ris. 1267 (1999) e se-

[32] Cfr. *Prosecutor v. Salim Jamil Ayyash*, cit., par. 52: «The Security Council (…) retains the sole and exclusive prerogative to determine which measures under Articles 41 and 42 are required to maintain and restore international peace and security. (…) What is important is that *this decision is essentially political in nature, and as such not amenable to judicial review*».

[33] *Ibidem*, par. 51: «Our finding that we lack authority to review Security Council 1757 is also supported by the difficulty in establishing any meaningful standard of such review. (…) It would be impossible to verify the facts on which the Council based its decision, how it weighed those facts, and whether it did so properly». Per una valutazione critica di tali aspetti della sentenza cfr. M.C. VITUCCI, *La decisione d'appello del Tribunale per il Libano nel caso* Ayyash *e il controllo sulla legittimità degli atti del Consiglio di sicurezza*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 847 ss.

guenti[34]. Nel caso di specie, peraltro, l'oggetto del giudizio degli organi giurisdizionali dell'Unione europea era rappresentato, più che dalle risoluzioni del Consiglio di sicurezza che avevano disposto le sanzioni contro Kadi, dai regolamenti adottati dalle istituzioni per dare attuazione a quelle risoluzioni nell'ordinamento comunitario. Il punto era già stato abbondantemente chiarito nella prima fase del caso, pur dando luogo a considerazioni e conclusioni assai diverse da parte del Tribunale di primo grado e della Corte di Giustizia.

Il Tribunale di primo grado, nella sentenza del 21 settembre 2005, si era interrogato sull'esistenza di "limiti strutturali" imposti dal diritto internazionale generale o dai Trattati comunitari, alla possibilità di un sindacato giurisdizionale sui regolamenti attuativi delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza[35]. Dopo aver sottolineato che tali provvedimenti erano frutto di una "competenza vincolata" delle istituzioni comunitarie, che non lasciava loro alcun margine di discrezionalità nell'attuazione degli obblighi derivanti dalla Carta delle Nazioni Unite, il Tribunale aveva escluso di poter procedere a qualsiasi controllo di legittimità interna dei regolamenti impugnati, giacché tale controllo avrebbe implicato la verifica, in via incidentale, delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza[36]. Affermato che le risoluzioni del Consiglio di sicurezza «si sottraggono in via di principio al sindacato giurisdizionale del Tribunale e che quest'ultimo non ha il potere di mettere in causa, neppure in via incidentale, la loro legittimità alla luce del diritto comunitario», il Tribunale faceva però salva la possibilità di «controllare, in via incidentale, la legittimità delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza controverse alla luce dello *ius cogens*, inteso come un ordinamento pubblico internazionale che s'impone nei confronti di tutti i soggetti del diritto internazionale, compresi gli organi delle Nazioni Unite, e al quale non è possibile derogare»[37]. In tal modo, il Tribunale pareva suggerire, da un lato, l'impossibilità di sindacare le risoluzioni del Consiglio di sicurezza sulla base dei parametri di legittimità propri dell'ordinamento comunitario, e in particolare "rispetto alle disposizioni e ai principi generali del diritto comunitario in materia di tutela dei diritti fondamentali"; dall'altro apri-

[34] In dottrina, per una recente valutazione d'insieme del caso *Kadi* v. il volume M. AVBELJ, F. FONTANELLI, G. MARTINICO (eds), *Kadi on Trial. A Multifaceted Analysis of the Kadi Trial*, London/New York, 2014.

[35] Causa T-315/01, *Yassin Abdullah Kadi c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, sentenza 21 settembre 2005, in Raccolta 2005 II-03649, par. 212.

[36] *Ibidem*, parr. 214-216.

[37] *Ibidem*, rispettivamente parr. 225 e 226.

va alla possibilità di procedere a un sindacato incidentale alla luce di principi basilari di diritto internazionale condivisi dall'ordinamento delle Nazioni Unite e dall'ordinamento comunitario (lo *ius cogens*).

Il tentativo operato dal Tribunale di primo grado nel 2005 di "relativizzare" le distanze tra i due ordinamenti in causa, quello onusiano e quello comunitario, soprattutto sotto il profilo dei parametri valoriali chiamati in gioco nel giudizio di legittimità è stato completamente rovesciato dalla sentenza della Corte di giustizia del 3 settembre 2008. La Corte infatti, facendo leva sul tema della separazione tra ordinamento delle Nazioni Unite e ordinamento comunitario, ha in primo luogo affermato che non spetta al giudice comunitario controllare la legittimità di una risoluzione adottata dal Consiglio di sicurezza, neppure sotto il profilo della compatibilità con lo *ius cogens* e che l'eventuale sentenza del giudice comunitario che annullasse un regolamento attuativo di una risoluzione del Consiglio di sicurezza per contrarietà con una norma superiore dell'ordinamento comunitario non rimetterebbe in discussione il principio della prevalenza della risoluzione sul piano internazionale[38]. In secondo luogo, pur riconoscendo la responsabilità principale del Consiglio di sicurezza nel determinare ciò che costituisce una minaccia alla pace e nell'assumere le misure necessarie al suo mantenimento[39], la Corte ha escluso, da un lato, che l'eventuale prevalenza delle determinazioni assunte dal Consiglio in tale ambito possa mettere in discussione il rispetto dei principi fondamentali costituzionali dell'ordinamento comunitario, di cui sono parte integrante i diritti fondamentali[40]; d'altro lato, che sia possibile assicurare un'immunità giurisdizionale sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali ai regolamenti delle istituzioni «per il [solo] fatto che l'atto in questione mira ad attuare una risoluzione del Consiglio di sicurezza»[41]. In terzo luogo, la Corte ha concluso che la questione di legittimità si pone esclusivamente nel contesto dell'ordinamento giuridico interno ed autonomo della Comunità europea e ha rivendicato la propria competenza a garantire un «controllo, in linea di principio completo, della legittimità di tutti gli atti comunitari con riferimento ai diritti fondamentali …, ivi inclusi gli atti comunitari che, come il regolamento con-

[38] Cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, sentenza 3 settembre 2008, in *Raccolta* 2008 I-06351 (di seguito *Kadi I*), parr. 287-288.

[39] *Ibidem*, par. 294.

[40] *Ibidem*, parr. 304-308.

[41] *Ibidem*, parr. 299 e 321.

troverso, mirano ad attuare risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza»[42].

La linea esposta nella sentenza del 2008, criticata in dottrina soprattutto per la visione rigidamente dualistica dei rapporti tra ordinamenti comunitario e onusiano[43], è stata nella sostanza ripresa e confermata nella seconda fase del caso, sia nella sentenza del 30 settembre 2010 del Tribunale che annullava l'ulteriore regolamento comunitario di conferma dell'iscrizione del signor Kadi nelle liste dei sospetti terroristi[44] sia nella più recente decisione del 18 luglio 2013 con la quale la Corte di giustizia ha respinto le impugnazioni proposte dalle istituzioni dell'Unione contro l'anzidetta sentenza. Confermando di voler concentrare il proprio sindacato sui provvedimenti comunitari attuativi delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza e non su queste ultime, nella sentenza del 2013 la Corte ha provveduto a specificare i termini di quello che dovrebbe essere il controllo giurisdizionale «in linea di principio completo» già delineato nella pronuncia del 2008, indicando una serie di garanzie processuali puntuali, necessarie a garantire la tutela giurisdizionale effettiva delle persone iscritte nelle liste, di cui il giudice dell'Unione europea dovrebbe assicurare il rispetto[45]. La Corte ha dunque nuovamente riconosciuto la competenza del Consiglio di sicurezza e del relativo Comitato delle sanzioni per ciò che riguarda la determinazione dell'esistenza di una minaccia alla pace e la scelta delle misure idonee al mantenimento della pace. La stessa Corte ha però sottolineato il ruolo indispensabile del controllo giurisdizionale «per garantire il giusto equilibrio tra la preservazione della pace e la tutela delle libertà e dei diritti fondamentali della persona interessata»[46].

Due sono gli spunti offerti dalla vicenda *Kadi* che risultano interessanti ai fini del nostro discorso. Un primo dato riguarda il carattere relativo dell'affermazione ricorrente nelle sentenze esaminate, concernente l'impossibilità che istanze giurisdizionali dell'Unione europea siano competenti a svolgere un controllo, anche incidentale, sulle decisioni del

[42] *Ibidem*, parr. 317 e 326.

[43] Cfr. tra gli altri, per gli opportuni riferimenti, G. DE BURCA, *The European Court of Justice and the International Legal Order after* Kadi*,* in *Harvard Journal of International Law*, 2010, p. 1 ss.

[44] Causa T-85/09, *Yassin Abdullah Kadi c. Commissione europea*, sentenza 30 settembre 2010, in Raccolta 2010 II-05177.

[45] Cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P, C-595/10 P, *Commissione europea, Regno Unito e Consiglio dell'Unione europea c. Yassin Abdullah Kadi*, sentenza 18 luglio 2013 (di seguito *Kadi II*) in particolare parr. 119, 125, 134.

[46] Cfr. *ibidem*, rispettivamente parr. 104 e 131.

Consiglio di sicurezza. Nonostante le petizioni di principio della Corte di giustizia in questo senso, è piuttosto difficile ritenere che il giudice dell'Unione europea, nel suo giudizio di legittimità sui regolamenti attuativi di risoluzioni del Consiglio di sicurezza, possa aver immaginato di escludere totalmente dal novero degli elementi rilevanti proprio i profili di regolarità degli atti del Consiglio di sicurezza, che dei regolamenti rappresentano il presupposto logico. Che il giudice comunitario possa pronunciarsi, almeno *indirettamente* sulla legittimità delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza è del resto confermato dal fatto che, sia nella sentenza del 2008, sia nella sentenza del 2013, la Corte di giustizia si è *comunque* incidentalmente pronunciata sulle caratteristiche del sistema di formazione delle liste delle Nazioni Unite e sui meccanismi predisposti in tale sede per la garanzia dei diritti degli individui iscritti nelle liste. La Corte di giustizia ha infatti prima affermato, in relazione al sistema di riesame che faceva capo al c.d. "punto focale" introdotto con la ris. 1730 (2006) del Consiglio di sicurezza, che «detta procedura non offre manifestamente le garanzie di una tutela giurisdizionale»[47]; successivamente, con riferimento agli ulteriori miglioramenti arrecati dall'introduzione della figura del "Mediatore" ad opera della ris. 1904 (2009), che «le procedure di radiazione e di revisione d'ufficio istituite a livello dell'ONU non offrono alla persona il cui nominativo è inserito nell'elenco riassuntivo del comitato per le sanzioni (…) le garanzie di una tutela giurisdizionale effettiva»[48]. Anzi, è proprio in considerazione dei denunciati limiti delle procedure onusiane che la Corte di giustizia ha qualificato come "non giustificabile" la concessione di un'immunità giurisdizionale generalizzata ai regolamenti comunitari attuativi delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza e ha rivendicato l'applicazione, da parte del giudice dell'Unione europea, di un controllo giurisdizionale "completo" ed effettivo, che consenta all'interessato di far dichiarare in via giudiziale, con una sentenza di annullamento, che l'inserimento o il mantenimento del suo nominativo nella lista era viziato da illegittimità[49].

Il vero problema risiede, casomai, nella identificazione degli standard sostanziali applicabili al giudizio di legalità e nei diversi valori che si fanno entrare in gioco nel bilanciamento tra esigenze del mantenimento della pace ed esigenze di tutela dei diritti fondamentali. Sono chiare da questo punto di vista le differenze esistenti tra i parametri rilevanti negli ordinamenti onusiano e comunitario e comprensibile diventa, in questa

[47] Cfr. *Kadi I*, parr. 322-323.
[48] Cfr. *Kadi II*, par. 133.
[49] Cfr. rispettivamente *Kadi I*, par. 322 e *Kadi II*, par. 134.

ottica, il tentativo operato dal Tribunale di primo grado nel 2005 di individuare un parametro di riferimento comune nello *ius cogens*[50]. Pure spiegabile, in tale prospettiva, risulta essere il disagio del giudice dell'Unione europea, il quale si afferma incompetente a sottoporre direttamente le risoluzioni del Consiglio di sicurezza al vaglio dei severi standard di protezione dei diritti fondamentali dell'ordinamento dell'Unione, proprio in considerazione degli esiti scontati che ne scaturirebbero sotto il profilo della legalità degli atti del Consiglio.

Quest'ultima considerazione conduce a un secondo spunto ricavabile dalla vicenda *Kadi*, che riguarda il (diverso) rilievo riservato ai *fattori politici* nel giudizio di validità sugli atti comunitari attuativi delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza. Benché la "*political question*" non sia espressamente evocata nelle sentenze della Corte di Giustizia, essa è stata nondimeno presente nelle conclusioni degli avvocati generali preliminari alle due pronunce, i quali hanno sviluppato sul tema rilievi interessanti proprio in ragione delle loro diversità. Nelle conclusioni presentate il 16 gennaio 2008, l'Avvocato generale Poiares Maduro si domandava se esistessero *nell'ordinamento comunitario* ragioni per escludere il controllo giurisdizionale sul regolamento contestato e prendeva in considerazione l'obiezione sollevata dalla Commissione e dal Consiglio, i quali sostenevano l'incompetenza della Corte a porre in dubbio provvedimenti comunitari di esecuzione di risoluzioni considerate dal Consiglio di sicurezza necessarie per il mantenimento della pace e della sicurezza e, contestualmente, richiamavano la nozione di "questioni politiche"[51]. L'Avvocato generale dichiarava senza mezzi termini come "insostenibile" la pertinenza della questione politica nel caso di specie e respingeva decisamente l'idea che la necessità di una misura per il mantenimento della pace e della sicurezza potesse operare in modo da ridurre a silenzio i principi generali del diritto comunitario e privare i singoli della tutela dei loro diritti fondamentali. Secondo Poiares Maduro, non si trattava di screditare l'importanza dell'interesse al mantenimento della pace, ma semplicemente di riconoscere che spetta al giudice di valutare la legittimità di misure che possono venire in conflitto con altri interessi di grande valore (i diritti fondamentali), la cui tutela è affidata al giudice stesso[52]. Dati i limiti inerenti al sistema di controllo sulle liste esistente

[50] Cfr. *supra*, testo relativo a note 35-37.

[51] Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale M. Poiares Maduro presentate il 16 gennaio 2008, causa C-401/05/P, *Yassin Abdullah Kadi contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee*, par. 33.

[52] *Ibidem*, par. 34.

all'interno delle Nazioni Unite, l'Avvocato generale considerava impossibile per le istituzioni comunitarie prescindere da un adeguato procedimento di controllo giurisdizionale sulle misure attuative di risoluzioni del Consiglio di sicurezza all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario[53].

Un approccio ben diverso circa il rilievo della "questione politica" traspare invece nelle conclusioni presentate alla Corte dall'Avvocato generale Yves Bot nella seconda fase del caso *Kadi*, il 19 marzo 2013. Trattandosi nella circostanza di valutare i ricorsi proposti dalle istituzioni dell'Unione contro la sentenza del Tribunale di primo grado che aveva annullato un nuovo regolamento europeo di conferma delle sanzioni contro il sig. Kadi, l'Avvocato generale correttamente premetteva alla propria analisi che la discussione non riguardava più «la possibilità o meno di un controllo giurisdizionale, bensì le modalità di tale controllo» e riteneva essenziale tener conto del contesto in cui era intervenuto il congelamento dei beni del sig. Kadi, in modo tale da «modulare il controllo del giudice dell'Unione»[54]. In tale contesto, secondo l'Avvocato generale, rientrerebbe «la natura politica delle valutazioni operate dal comitato per le sanzioni per decidere se iscrivere una persona nell'elenco» e la generale considerazione che «le iscrizioni nell'elenco rientrano in un processo politico che travalica il caso individuale»[55]. Proprio la «dimensione politica di tale processo» imporrebbe, secondo l'Avvocato generale, una certa "misura" nell'esercizio del controllo giurisdizionale da parte del giudice dell'Unione, il quale non dovrebbe sostituire, in linea di principio, le proprie valutazioni a quelle delle autorità politiche competenti[56]. A parere dell'Avvocato generale «un controllo giurisdizionale approfondito, come quello effettuato dal Tribunale nella sentenza impugnata [del 2010] non può essere esercitato senza usurpare la competenza del Consiglio di sicurezza a definire ciò che costituisce una minaccia per la pace e la sicurezza internazionali e le misure necessarie per eliminare tale minaccia». Al lato concreto, occorreva «evitare di svuotare di contenuto la responsabilità principale del Consiglio di sicurezza nel settore considerato e di fare dell'Unione europea un organo di appello o di riesame delle decisioni adottate dal comitato per le sanzioni»[57]. In tale prospettiva,

[53] *Ibidem*, par. 54.

[54] Conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot presentate il 19 marzo 2013, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P, C-595/10 P, *Commissione europea, Consiglio dell'Unione europea e Regno Unito c. Yassin Abdullah Kadi*, par. 51.

[55] *Ibidem*, rispettivamente parr. 67 e 80.

[56] *Ibidem*, par. 80.

[57] *Ibidem*, par. 71.

l'Avvocato generale suggeriva alla Corte le coordinate per un controllo di legittimità "limitato" o a "intensità ridotta" da parte del giudice dell'Unione europea che, lungi dal prevedere un esame diretto delle prove della condotta ritenuta dal Consiglio di sicurezza come idonea a giustificare l'iscrizione di un individuo nella lista, si mantenesse circoscritto alla valutazione della regolarità procedurale e formale dell'atto contestato (controllo rigoroso della sufficienza della motivazione o controllo di legittimità "esterna"). Nella sostanza, il sindacato avrebbe dovuto invece limitarsi a censurare i soli errori manifesti nella valutazione dei fatti (controllo limitato sulla fondatezza della motivazione o controllo di legittimità "interna")[58].

È abbastanza facile constatare come le sottili distinzioni dell'Avvocato generale Bot richiamino lo standard di controllo di legalità limitato ai profili formali e procedurali dell'atto contestato che la Corte internazionale di giustizia aveva messo a punto nel parere della Namibia del 1971 a proposito delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza[59]. Comunque sia, la Corte di giustizia nella sentenza del 2013 non ha seguito le indicazioni dell'Avvocato generale Bot e ha rivendicato la necessità di un controllo "pieno" e articolato sugli atti delle istituzioni attuativi di decisioni del Consiglio di sicurezza. Resta però confermata l'impressione che la differenza tra i modelli di controllo giurisdizionale sviluppati nell'ambito delle Nazioni Unite e dell'Unione europea sia segnata, più che da intrinseche differenze strutturali nell'organizzazione dei rapporti tra organi politici e organi giudiziari, soprattutto dai diversi fattori che intervengono nel giudizio di legalità sugli atti degli organi politici e dal diverso combinarsi dei fattori medesimi.

4. Segue: *b) il controllo di legalità svolto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo (o il modello della "protezione equivalente")*

Per completare il quadro, resta da considerare come, rispetto al tema del controllo di legalità degli atti del Consiglio di sicurezza, si atteggi un'altra istanza giurisdizionale esterna al sistema delle Nazioni Unite, la Corte europea dei diritti dell'uomo. Sul punto, è possibile ricostruire in linea di massima almeno tre diverse fasi dell'orientamento di questa Corte.

Probabilmente influenzata dalla circostanza di essere parte di un si-

[58] Cfr. *ibidem*, i parr. 91-110.
[59] Cfr. *supra*, testo relativo a nota 29.

stema convenzionale, quello della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), in quanto tale sottoposto alla regola di priorità sancita nell'art. 103 della Carta delle Nazioni Unite[60], in un primo tempo la Corte europea ritenuto di dover "cedere" alle superiori determinazioni effettuate dal Consiglio di sicurezza nel campo del mantenimento della pace e della sicurezza internazionali. Emblematica al riguardo è la decisione del 2 maggio 2007 nel caso *Behrami e Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*, ove era in gioco la violazione del diritto alla vita, alla libertà personale e ad un equo processo dei ricorrenti, ritenuti lesi dalle azioni dei contingenti degli Stati operanti in Kosovo nell'ambito delle operazioni UNMIK e KFOR, autorizzate dalla risoluzione 1244 (1999) del Consiglio di sicurezza. Nel respingere l'ammissibilità del ricorso, la Corte ha considerato decisivo il fatto che le azioni censurate fossero attribuibili non agli Stati parti alla CEDU, bensì direttamente al Consiglio di sicurezza e alle Nazioni Unite, che sulle operazioni conservavano un controllo effettivo: tale circostanza avrebbe determinato il venir meno della giurisdizione *ratione personae* della Corte[61]. Tuttavia, nel ragionamento e nella conclusione della Corte pare aver svolto un rilievo determinante l'affermazione del ruolo prioritario del fine del mantenimento della pace e della sicurezza internazionali («the imperative nature of the principal aim of the UN and, consequently, of the powers accorded of the UNSC under Chapter VII to fulfill that aim») e la considerazione delle speciali responsabilità del Consiglio di sicurezza in materia[62]. Proprio la finalità di assicurare l'efficacia dell'azione del Consiglio di sicurezza ha indotto la Corte a ritenere che la CEDU non possa essere interpretata in modo tale da sottoporre gli atti e le azioni intrapresi dagli Stati parti nell'ambito di missioni disposte dal Consiglio di sicurezza allo scrutinio della Corte stessa, poiché questo «would (…) interfere with the fulfilment of the UN's key mission in this field»[63]. Si tratta, evidentemente, di

[60] In generale, sulla portata e sugli effetti giuridici dell'art. 103 della Carta cfr., recentemente, R. KOLB, *L'article 103 de la Charte des Nations Unies*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, vol. 367, 2014, p. 13 ss. Con riferimento particolare all'impatto della disposizione rispetto al tema qui in esame cfr. P. DE SENA, *Sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza, art. 103 della Carta delle Nazioni Unite e rapporti tra sistemi normativi*, in F. SALERNO (a cura di), *Sanzioni "individuali"*, cit., p. 45 ss.

[61] Cfr. *Agim Behrami e Bekir Behrami c. Francia, Ruzhdi Saramati c. Francia, Germania e Norvegia*, ricorsi n. 71412/01 and 78166/01, [GC] decisione 7 maggio 2007, parr. 133-136. Per una critica a tale aspetto del caso cfr. P. PALCHETTI, *Azioni di forze istituite o autorizzate dalle Nazioni Unite davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo: i casi Behrami e Saramati*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2007, p. 693 ss.

[62] *Behrami e Saramati c. Francia*, cit., par. 148.

[63] *Ibidem*, par. 149.

un linguaggio che richiama alla mente il rilievo preminente delle "considerazioni politiche" quali fattori che restringono, o addirittura possono escludere, il sindacato di legittimità sulle azioni di organi politici.

Un seconda fase dell'atteggiamento della Corte europea riguardo all'impatto delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza sui diritti protetti nella CEDU è segnato dalla sentenza del 7 luglio 2011 relativa al caso *Al-Jedda c. Regno Unito*[64]. Nella circostanza, si trattava di accertare la compatibilità con il diritto alla libertà personale garantito dall'art. 5 della CEDU delle misure di detenzione straordinaria adottate ai danni del ricorrente dalle forze britanniche operanti in Iraq sulla base della risoluzione 1546 (2004) del Consiglio di sicurezza, che aveva autorizzato l'adozione di "tutte le misure necessarie" per ristabilire un ambiente sicuro in quel paese. Premesso che nel caso di specie le azioni contestate sono state ritenute attribuibili al Regno Unito e non alle Nazioni Unite (e questa è una prima differenza fondamentale con la giurisprudenza *Behrami* e *Saramati*), la Corte ha respinto la tesi del governo del Regno Unito, secondo cui la risoluzione autorizzativa del Consiglio avrebbe creato per le truppe britanniche un obbligo, prevalente in virtù dell'art. 103 della Carta sui divergenti obblighi di tutela della libertà personale previsti nella CEDU, di adottare misure di internamento contro Al-Jedda[65]. Secondo la Corte, in mancanza di un'espressa e precisa contraria decisione del Consiglio di sicurezza, le misure da questo assunte nel contesto del mantenimento della pace vanno interpretate e attuate dagli Stati in maniera conforme agli obblighi vigenti in tema di tutela dei diritti umani, sulla base della presunzione che il Consiglio non abbia voluto imporre agli Stati la violazione di tali obblighi[66]. In luogo di procedere a un sindacato diretto della legittimità delle decisioni del Consiglio di sicurezza alla stregua dei parametri di protezione dei diritti umani, la Corte ha tentato di minimizzare, utilizzando la via ermeneutica, la possibilità di un conflitto tra le due esigenze in gioco, facendo leva sul margine di discrezionalità lasciato agli Stati nell'attuazione delle misure disposte dal Con-

[64] Cfr. *Al-Jedda v. Regno Unito*, ricorso n. 27021/08, [GC] sentenza 7 luglio 2011. Per un commento articolato alla sentenza cfr. M.I. PAPA**,** *Le autorizzazioni del Consiglio di sicurezza davanti alla Corte europea dei diritti umani: dalla decisione sui casi Behrami e Saramati alla sentenza Al-Jedda*, in *Diritti Umani e Diritto Internazionale*, 2012, p. 229 ss.

[65] Tale tesi era invece stata accolta nella sentenza del 2007 resa nel medesimo caso dalla House of Lords del Regno Unito: cfr. *R (on application of Al-Jedda) v. the Secretary of State for Defence*, Opinions of the Lords of Appeal for Judgment 12 December 2007 [2007] UKHL 58, riprodotta in *International Legal Materials*, 2008 p. 607 ss.

[66] Cfr. *Al-Jedda v. Regno Unito*, cit., par. 102.

siglio e sulla possibilità di interpretare le decisioni del Consiglio in maniera conforme al rispetto dei diritti umani. Non trascurabile, in questo ragionamento, è stato il richiamo all'art. 1 della Carta delle Nazioni Unite, che indica tra le finalità delle Nazioni Unite tanto il mantenimento della pace e della sicurezza internazionali quanto la promozione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e al fatto che l'art. 24 della Carta impegna il Consiglio di sicurezza ad agire in conformità con tali finalità nell'adempimento della sua responsabilità principale[67]. Ciò pare suggerire che, nella nuova prospettiva proposta dalla Corte, le esigenze di mantenimento della pace e le esigenze del rispetto dei diritti umani debbano figurare con pari dignità tra i parametri di legittimità sulla cui base valutare l'azione del Consiglio di sicurezza.

Tuttavia, i limiti dell'orientamento interpretativo suggerito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Al-Jedda* sono evidenti, e risiedono nella circostanza che in tanto la presunzione di conformità delle decisioni del Consiglio di sicurezza alle norme sui diritti umani può funzionare, in quanto agli Stati sia lasciato un certo margine di manovra nella scelta delle modalità di attuazione delle misure disposte dal Consiglio; viceversa, la presunzione di conformità resterà esclusa di fronte a una chiara determinazione del Consiglio di sicurezza che inequivocabilmente imponga agli Stati una linea di condotta contraria al rispetto dei diritti umani. Tali limiti sono affiorati nella sentenza del 12 settembre 2012 resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Nada c. Svizzera*, riguardante la situazione di un individuo, iscritto nelle liste antiterrorismo del Consiglio di sicurezza, al quale era stato impedito di uscire dall'enclave italiana di Campione d'Italia per entrare in territorio svizzero. In questo caso la Corte ha rilevato la violazione da parte della Svizzera dell'art. 8 della CEDU, riguardante la tutela della vita privata e familiare, derivante dal fatto che le autorità svizzere non avrebbero fatto quanto possibile per armonizzare gli obblighi di tutela della vita privata del ricorrente con le divergenti determinazioni del Consiglio di sicurezza riguardanti l'adozione di misure di restrizione alla libertà di movimento di costui[68]. Nella medesima prospettiva si colloca altresì la conclusione che anche l'art. 13 della CEDU, relativo al diritto a un rimedio giurisdizionale effettivo, sarebbe stato violato nel caso di specie dalla Svizzera, poiché nulla nelle risoluzioni del Consiglio di sicurezza avrebbe impedito alle autorità elvetiche di introdurre meccanismi di verifica delle misu-

[67] *Ibidem*.

[68] *Nada c. Svizzera*, ricorso n. 10593/08, [GC] sentenza 12 settembre 2012, parr. 195-198.

re prese a livello interno in adempimento delle anzidette risoluzioni[69]. Se tali conclusioni paiono sottintendere il mancato adeguamento da parte della Svizzera all'obbligo di interpretare e applicare le decisioni del Consiglio di sicurezza conformemente agli obblighi in materia di diritti umani, emergono però dalla sentenza alcune chiare contraddizioni[70]. La Corte infatti aveva esplicitamente posto a premessa del proprio ragionamento che la presunzione di conformità sarebbe "rebutted", cioè rovesciata, in un caso come quello di specie, ove il contenuto della decisione del Consiglio di sicurezza era inequivocabile, e imponeva allo Stato l'adozione di una linea di comportamento chiaramente in contrasto con gli obblighi in materia di tutela dei diritti umani. Tuttavia, nel momento di trarre le conseguenze da una tale premessa, la Corte sembra forzare i dati della realtà, attribuendo in capo alla Svizzera un – opinabile – margine di discrezionalità nella messa in esecuzione delle decisioni del Consiglio di sicurezza («Switzerland enjoyed some latitude, which was admittedly limited but nevertheless real, in implementing the relevant binding resolutions of the United Nations Security Council»)[71].

Le contraddizioni e i limiti insiti nell'approccio interpretativo basato sulla presunzione di conformità hanno spinto la Corte europea dei diritti dell'uomo ad abbracciare una terza posizione rispetto al problema della compatibilità tra decisioni del Consiglio di sicurezza e tutela dei diritti fondamentali. Ciò è avvenuto con la sentenza del 26 novembre 2013 resa dalla seconda sezione della Corte nel caso *Al-Dulimi e Montana Management c. Svizzera*, riguardante la situazione di un individuo (e una persona giuridica) iscritti per effetto della risoluzione 1483 (2003) del Consiglio di sicurezza nella lista dei collaboratori del passato regime di Saddam Hussein in Iraq e sottoposti a misure di confisca dei beni. Nella circostanza, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto che il principio della presunzione di conformità tra decisioni del Consiglio di sicurezza e obblighi in materia di diritti umani non può funzionare in presenza di una risoluzione che impone agli Stati l'adozione di misure dal contenuto predeterminato (la confisca dei beni) e ne collega direttamente l'irrogazione all'iscrizione del nominativo del destinatario nelle

[69] *Ibidem*, parr. 209-214.

[70] Cfr. al riguardo E. DE WET, *From* Kadi *to* Nada*: Judicial Techniques Favouring Human Rights over United Nations Security Council Sanctions*, in *Chinese Journal of International Law*, 2013, p. 806, che, con riferimento alle conclusioni della Corte nel caso *Nada,* parla di "over-stretching" della tecnica dell'interpretazione conforme già delineata nel precedente caso *Al-Jedda*.

[71] Cfr. *Nada c. Svizzera*, cit., rispettivamente parr. 172 e 180.

liste dei Comitati delle sanzioni[72]. Ciò rilevato, la Corte ha posto la questione sul piano del principio della c.d. "protezione equivalente", già enunciato nella precedente giurisprudenza (in particolare, nel caso *Bosphorus c. Irlanda*) relativa alla compatibilità con i diritti umani di misure adottate dagli Stati parti alla CEDU in adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza a organizzazioni internazionali. Secondo tale principio, uno Stato in tanto potrebbe liberarsi delle proprie responsabilità in materia di diritti umani derivanti dalla CEDU nella fase di esecuzione di decisioni di organizzazioni internazionali cui abbia trasferito competenze e poteri, in quanto l'organizzazione in questione offra ai diritti fondamentali una protezione per lo meno equivalente a quella garantita dalla Convenzione[73]. La Corte rileva come il meccanismo dell'iscrizione e della radiazione dalle liste del comitato delle sanzioni non offra, nonostante i miglioramenti apportati in sede di Nazioni Unite, una protezione equivalente a quella prevista dalla Convenzione sotto il profilo delle garanzie dell'equo processo[74]. Su tale base, la Corte ha ritenuto che la presunzione di protezione equivalente non potesse applicarsi nel caso *Al-Dulimi* e ha concluso per la violazione dell'art. 6 della CEDU da parte della Svizzera[75].

Benché attualmente oggetto del rinvio presentato dalla Svizzera alla Grande Camera della Corte[76], la sentenza nel caso *Al-Dulimi* segna verosimilmente una nuova tappa nell'evoluzione della problematica in esame. Ciò è vero innanzitutto per il fatto di rappresentare il primo caso in cui il principio della protezione equivalente – messo a punto a partire dai noti casi della giurisprudenza tedesca *Solange*[77] proprio per disciplinare i rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario in tema di tutela dei diritti fondamentali – ha trovato applicazione con riferimento al sistema delle Nazioni Unite. Da questo punto di vista, la sentenza *Al-Dulimi* sembra portare a compimento spunti che, pur già presenti nelle precedenti pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea relative al caso *Kadi*, non erano ancora stati declinati esplicitamente nel linguag-

[72] Cfr. *Al-Dulimi c. Svizzera*, ricorso no. 5809/08, sentenza 26 novembre 2013, par. 113 e 117.

[73] Cfr. *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v Irlanda*, ricorso n. 45036/98, sentenza 30 giugno 2005, spec. parr. 150-165.

[74] Cfr. *Al-Dulimi c. Svizzera,* cit., parr. 118-120.

[75] *Ibidem*, parr. 121 e 134-135.

[76] Un'udienza della Grande Camera della Corte sul caso ha avuto luogo il 10 dicembre 2014 e la sentenza è attesa per il 2015: cfr. *Press Release* ECHR 368 (2014).

[77] Cfr. le due sentenze della Corte federale Costituzionale tedesca del 29 maggio 1974 e del 22 ottobre 1986 (*Solange I* e *Solange II*), riprodotte in *International Law Reports*, vol. 93, 1993, rispettivamente pp. 362 ss. e 404 ss.

gio della protezione equivalente[78]. Per il punto che più interessa in questa sede, la sentenza da ultimo esaminata segna la possibilità, per un giudice esterno al sistema delle Nazioni Unite, di procedere a un controllo indiretto della legalità delle decisioni del Consiglio di sicurezza alla luce degli standard di tutela dei diritti fondamentali: ovvero di parametri in principio ultronei al sistema giuridico di riferimento dell'organo politico da cui proviene la decisione contestata[79].

5. *Conclusioni*

Con l'ovvia avvertenza che il loro valore resta condizionato dalla premessa che si è adottata per lo sviluppo del discorso, in partenza circoscritto al caso del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, pare ora opportuno cercare di trarre dalla rassegna fin qui sviluppata qualche osservazione di carattere conclusivo. Una prima considerazione riguarda la possibilità di configurare, in termini generali, un contenzioso di legalità sugli atti degli organi politici di organizzazioni internazionali da parte di istanze giudiziarie internazionali. La prassi analizzata permette di affermare che *diverse forme di controllo di legalità* sugli atti degli organi politici di organizzazioni internazionali sono possibili. In assenza di espresse disposizioni negli atti istitutivi delle organizzazioni internazionali di riferimento che, sul modello dell'art. 262 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, attribuiscano a un organo giudiziario la competenza a sindacare *direttamente* la legalità degli atti vincolanti delle istituzioni politiche, il caso delle Nazioni Unite dimostra che sarà comunque possibile configurare almeno una forma di *controllo incidentale*. Tale controllo potrà svolgersi tutte le volte che le decisioni dell'organo politico vengano in rilievo di fronte a un organo giurisdizionale a titolo *preliminare*, in ragione cioè del loro impatto sui profili giuridici del caso che quest'ultimo è chiamato a risolvere. Anche laddove il problema dell'impatto della decisione dell'organo politico si ponga di fronte a un tri-

[78] Per una lettura della giurisprudenza della Corte di giustizia nella prospettiva della protezione equivalente cfr. M. MARCHEGIANI, *Il principio di protezione equivalente nel caso* Kadi, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2014, p. 169 ss.

[79] Sulla portata innovativa della sentenza *Al-Dulimi*, cfr. i contributi di M. MARCHEGIANI, *Le principe de la protection équivalente dans l'articulation des rapports entre ordre juridique des NU et CEDH après l'arrêt Al-Dulimi*, in *QIL-Questions of International Law*, Zoom-in 6, 2014, p. 3 ss., e di G. PALOMBELLA, *The Principled, and Winding, Road to Al-Dulimi. Interpreting the Interpreters*, *ibidem*, p. 15 ss., entrambi disponibili su www.qil-qdi.org.

bunale *esterno* all'organizzazione internazionale di appartenenza del primo, ciò non sembra essere di ostacolo alla possibilità che l'organo giurisdizionale possa svolgere una forma di *controllo indiretto* sugli atti dell'organo politico, anche se sempre ai fini limitati della soluzione del problema giuridico pendente. Sono evidenti i limiti di tali forme di controllo incidentale o indiretto, che potranno derivare sia dalla sfera di efficacia soggettivamente limitata sia dalla portata non vincolante della pronuncia dell'organo giurisdizionale. Alle condizioni anzidette, resterà esclusa in partenza la possibilità di far valere *erga omnes* l'invalidità dell'atto contestato, potendo la censura di illegalità portare alla sola disapplicazione dell'atto nell'ambito della sfera soggettiva di riferimento in cui l'organo giurisdizionale esercita le sue competenze.

Al di là dei rilievi riguardanti le caratteristiche strutturali del contenzioso di legalità sugli atti di organi politici di organizzazioni internazionali, una seconda considerazione, più volte emersa nel corso dell'esposizione, riguarda la diversa portata materiale che caratterizza i vari modelli di "*judicial review*" considerati. Si è sottolineato che la principale differenza tra le modalità del controllo di legalità svolte dai diversi organi giurisdizionali internazionali riguarda l'ampiezza, maggiore o minore, del sindacato svolto, e che questo è a sua volta funzione dei parametri sostanziali che intervengono nell'attività di controllo. In un sistema come quello delle Nazioni Unite, storicamente caratterizzato dal rilievo prioritario attribuito alla finalità del mantenimento della pace, il controllo di legalità sarà condizionato dall'ampia misura di discrezionalità accordata all'organo incaricato della responsabilità principale del mantenimento della pace, il Consiglio di sicurezza. Nel contesto del controllo di legalità sugli atti di tale organo troveranno poco spazio i parametri giuridici che non siano strettamente funzionali a garantire l'efficacia dell'azione del Consiglio e, fatalmente, il sindacato finirà con l'essere limitato agli aspetti della regolarità formale delle decisioni, senza scendere nell'esame del merito delle scelte soggiacenti. Viceversa – e questo è il caso delle giurisdizioni dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo – quando lo spettro dei parametri giuridici rilevanti ai fini del giudizio di legalità si allarga, per includere valori e finalità quali la tutela dei diritti umani, le istanze giurisdizionali internazionali saranno portate a restringere gli spazi concessi al potere discrezionale degli organi politici e a rendere più penetrante il loro sindacato, per estenderlo all'esame dei profili sostanziali dell'azione dell'organo politico.

Proprio in questa divaricazione tra i parametri giuridici di riferimento che possono essere utilizzati dalle diverse giurisdizioni internazionali

sembra risiedere l'ostacolo maggiore alla possibilità di una ricostruzione unitaria e coerente della problematica del controllo di legalità degli atti del Consiglio di sicurezza. Si è detto dell'estrema ritrosia del giudice dell'Unione europea ad ammettere una propria competenza a esercitare un controllo, anche indiretto, sulla legalità delle decisioni del Consiglio. Tale ritrosia potrebbe spiegarsi alla luce del timore, tutt'altro che inconsistente, che sottoporre il problema della validità degli atti di un certo organo a giudici appartenenti a sistemi giuridici diversi, che applicano nella loro valutazione parametri giuridici differenti, potrebbe portare a soluzioni tra loro contraddittorie, con tutte le difficoltà da ciò derivanti per la posizione degli Stati che si trovassero a essere contemporaneamente parti a tali sistemi giuridici. Vi è insomma il timore che un sistema di controllo "diffuso" della legalità degli organi politici delle organizzazioni internazionali da parte delle varie giurisdizioni internazionali possa amplificare e rendere drammatici i problemi legati alla frammentazione dell'ordinamento giuridico internazionale e del suo diritto.

D'altra parte, non vanno neppure trascurati i benefici derivanti dall'interazione tra differenti modelli di controllo giurisdizionale appartenenti a differenti sotto-sistemi giuridici. Benché, a rigore, il tema sia per ora estraneo alla dimensione dei rapporti tra organi politici e organi giurisdizionali internazionali, la sensibilizzazione verso le istanze dell'equo processo dimostrate in ambito Nazioni Unite in fase di revisione del sistema delle liste testimonia gli effetti positivi che possono essere innescati dal sindacato giurisdizionale indiretto operato da giurisdizioni esterne al sistema onusiano. Anche se è difficile prevedere quale spazio sarà riservato a tale tematica davanti agli organi giurisdizionali principali delle Nazioni Unite (la Corte internazionale di giustizia), è innegabile che al momento attuale la tutela dei diritti fondamentali sia entrata far parte dei parametri di legittimità alla luce dei quali valutare l'azione del Consiglio di sicurezza, contribuendo a far vacillare il tradizionale assunto dell'incondizionata priorità del mantenimento della pace e dell'illimitata discrezionalità del Consiglio nella materia. Non è irragionevole pensare che proprio l'avanzare della tematica del rispetto dei diritti individuali nell'ambito del mantenimento della pace, stimolata dall'incalzare delle giurisdizioni regionali o specializzate, possa altresì contribuire a migliorare i profili processuali del contenzioso di legittimità all'interno delle Nazioni Unite, rendendolo più "strutturale" e meno occasionale. I timidi segnali presenti nella più recente delle risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza sulle sanzioni contro Al-Qaida, la n. 2161 (2014) del 17 giugno 2014, che vedono l'introduzione di alcune migliorie volte a rendere maggiormente indipendente e imparziale la figura del Mediato-

re, potrebbero essere interpretati in questa direzione. Sotto questo profilo, non si può disconoscere alla tematica della protezione dei diritti umani un effetto propulsore nel miglioramento dei profili sostanziali e procedurali del contenzioso internazionale di legalità, analogo a quello già svolto in passato nell'ambito dei sistemi giuridici nazionali o nel contesto dell'Unione europea. In definitiva, pare che l'interazione tra i differenti modelli di controllo giurisdizionale, grazie all'impulso alla circolazione dei valori giuridici che essa favorisce, possa svolgere un ruolo positivo nel miglioramento del rispetto della *rule of law* a livello internazionale.

COORDINAMENTO E CONFLITTO FRA NORME INTERNAZIONALI E REGOLE DI ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI NELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE

Pietro PUSTORINO*

SOMMARIO: 1. Finalità e delimitazione del campo di indagine. – 2. Distinzione fra attività di coordinamento e conflitto, anche alla luce del rapporto monistico o dualistico fra ordinamento interno e ordinamento internazionale. Il problema della corretta interpretazione degli statuti e degli atti delle organizzazioni internazionali. – 3. Coordinamento e conflitto fra regole dell'organizzazione e norme internazionali in base agli statuti o ad altre regole dell'organizzazione. – *Parte prima: coordinamento e conflitto fra norme internazionali e regole di organizzazioni internazionali nella giurisprudenza nazionale*. – 4. Coordinamento fra norme interne, interpretate alla luce di norme internazionali, e regole di organizzazioni internazionali. – 5. Conflitto fra norme interne, internazionali e regole di organizzazioni internazionali: impostazione della problematica e rilevanza della teoria dei controlimiti. – 6. Conflitto fra norme interne, coordinate con norme internazionali, e atti nazionali esecutivi di risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'ONU: il ricorso all'art. 103 della Carta dell'ONU. – 7. Conflitto fra norme interne, implicitamente coordinate con norme internazionali, e atti nazionali esecutivi di risoluzioni del Consiglio di sicurezza, con annullamento degli atti nazionali. – 8. Conflitto fra norme interne, espressamente coordinate con norme internazionali, e atti nazionali esecutivi di risoluzioni del Consiglio di sicurezza, con annullamento degli atti nazionali. – *Parte seconda: coordinamento e conflitto fra regole di organizzazioni internazionali nella giurisprudenza nazionale.* – 9. Coordinamento fra regole di organizzazioni internazionali. – 10. Conflitto fra regole di organizzazioni internazionali. Ipotesi di conflitto fra regole dell'UE e regole di altre organizzazioni, in particolare l'Eurocontrol e le scuole europee. – 11. *Segue*. Conflitto fra regole dell'UE e regole dell'OMC. – 12. *Segue*. Conflitto fra regole dell'UE e regole dell'ONU. – *Parte terza: coordinamento e conflitto, nella giurisprudenza nazionale, fra norme internazionali e regole di organizzazioni internazionali sulla base dell'esecuzione o dell'adeguamento a pronunce di corti internazionali*. – 13. Conflitto fra obbligo di esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e regole dell'ONU. – 14. Esecuzione o adeguamento a sentenze di altri tribunali internazionali e conflitto con il regime in tema di diritti umani. Il caso dei Tribunali *ad hoc* per l'ex Iugoslavia e per il Ruanda e della Corte penale internazionale. – 15. Conclusioni.

* Associato di Diritto internazionale, Università degli Studi di Siena.

1. *Finalità e delimitazione del campo di indagine*

Il presente scritto ha lo scopo di accertare le soluzioni adottate nella giurisprudenza nazionale in merito alle questioni relative al coordinamento e al conflitto fra norme internazionali e regole di organizzazioni internazionali, oppure fra regole di organizzazioni *inter se*. È naturale che tanto la questione del coordinamento quanto quella del conflitto si pongano, sul piano degli ordinamenti interni, anche sulla base di norme nazionali[1], talora di rango costituzionale, come del resto evidenziato dalla rilevanza, nella problematica in esame, della teoria dei controlimiti, di cui si dirà ampiamente nel corso del lavoro[2].

Le norme delle organizzazioni internazionali cui si farà riferimento sono contenute in diverse fonti normative. Come affermato dalla Corte internazionale di giustizia in più occasioni, tali norme possono essere previste negli atti istitutivi delle organizzazioni, negli accordi internazionali da esse conclusi[3], i quali possono divenire parte integrante dell'ordinamento delle organizzazioni, come avviene per l'UE[4], come pure ovviamente negli atti adottati dalle stesse organizzazioni[5], ad esempio nelle risoluzioni obbligatorie del Consiglio di sicurezza[6]. È da aggiungere che gli atti obbligatori di un'organizzazione internazionale rilevano non solo in quanto stabiliscono norme da essa adottate, ma anche quale prassi dei suoi soggetti membri in tema di interpretazione e applicazione dello sta-

[1] È da precisare che, nel caso di ricorso a procedimenti ordinari di adattamento, i quali implicano in genere la riformulazione delle norme internazionali, ad esempio di quelle contenute negli atti di diritto derivato delle organizzazioni internazionali, la disciplina interna "offusca" quella internazionale, ponendo ulteriori e delicati problemi sia a livello di rango delle norme internazionali oggetto dell'adattamento, sia a livello interpretativo.

[2] Sulla rilevanza generale di tale teoria, si veda il par. 5 del nostro lavoro.

[3] Corte internazionale di giustizia, parere consultivo 20 dicembre 1980, *Interpretazione dell'Accordo del 25 marzo 1951 fra OMS ed Egitto*, in *I.C.J. Reports*, 1980, pp. 89-90 (par. 37).

[4] Il principio in questione è affermato, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, sin dalla sentenza del 30 aprile 1974, causa C-181/73, *Haegeman*, in *Raccolta*, 1974, p. 459 (punti 3/5).

[5] Sulla progressiva varietà degli atti delle organizzazioni internazionali, sotto il profilo della forma, degli effetti e dei destinatari, si veda l'accurata analisi di R. VIRZO, *The Proliferation of Institutional Acts of International Organizations. A Proposal for Their Classification*, in I. INGRAVALLO, R. VIRZO (eds.), *Evolutions in the Law of International Organizations*, Leiden-Boston, 2015, p. 293 ss.

[6] Corte internazionale di giustizia, parere consultivo 22 luglio 2010, *Conformità al diritto internazionale della dichiarazione unilaterale di indipendenza riguardo il Kosovo*, in *I.C.J. Reports*, 2010, pp. 439-440 (par. 88), con riferimento agli obblighi contenuti nella risoluzione del Consiglio di sicurezza del 10 giugno 1999, n. 1244.

tuto dell'organizzazione. In particolare si tratta di una prassi da valutare ai sensi dell'art. 31, par. 3, lettere *a*) e *b*), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969, in quanto espressione di accordi successivi fra i membri dell'organizzazione o quale prassi applicativa rilevante ai fini dell'interpretazione dello statuto. Quest'ultimo profilo è sviluppato, con considerazioni a nostro avviso non del tutto condivisibili, nella sentenza della Corte internazionale di giustizia del 31 marzo 2014, nell'affare *Caccia alla balena nell'Antartico*, con particolare riguardo alle risoluzioni adottate dall'*International Whaling Commission*[7].

2. *Distinzione fra attività di coordinamento e conflitto, anche alla luce del rapporto monistico o dualistico fra ordinamento interno e ordinamento internazionale. Il problema della corretta interpretazione degli statuti e degli atti delle organizzazioni internazionali*

Una delle questioni preliminari da affrontare ai nostri fini concerne la distinzione fra le nozioni di coordinamento e di conflitto fra norme internazionali e regole di organizzazioni internazionali, o fra regole di organizzazioni *inter se*.

Non è affatto agevole effettuare la distinzione sopra indicata alla luce della prassi giurisprudenziale interna. Essa, infatti, dipende da una serie di variabili, di carattere teorico e pratico. Senza alcuna pretesa di esaustività, può richiamarsi, a livello teorico, il carattere monistico o dualistico dei rapporti fra ordinamento nazionale e ordinamento internazionale[8]. A livello pratico, vengono in rilievo il rango e l'efficacia (ad

[7] *Australia* c. *Giappone*; Nuova Zelanda (interveniente). Si vedano in particolare i paragrafi 73-83 della sentenza relativi all'interpretazione della nozione di "ricerca scientifica" di cui all'art. VIII, par. 1, della Convenzione per la regolamentazione della caccia alla balena del 2 dicembre 1946. Le considerazioni della Corte, laddove essa esclude che le risoluzioni della Commissione baleniera internazionale, le quali non siano espressione del consenso di *tutti* gli Stati parte della Convenzione, possano qualificarsi come accordi o prassi successivi rilevanti per l'interpretazione dell'art. VIII (par. 83 della sentenza), sembrano eccessivamente restrittive e non del tutto in linea con quanto stabilito dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Per un'opinione diversa su tale questione e per una più ampia analisi della sentenza, si veda C. RAGNI, *Interpretazione dei trattati e* standard of review *nella giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia: riflessioni sull'affare della* Caccia alla balena nell'Antartico, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 725 ss. (per la tesi dell'a. in merito al punto sopra indicato, v. pp. 736-737).

[8] Sulle varie teorie monistiche e dualistiche in materia di rapporti fra diritto interno e diritto internazionale, anche alla luce di recenti sviluppi giurisprudenziali, si veda E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*[2], Torino, 2014, p. 459 ss., dove è inoltre contenuta una utile bibliografia sull'argomento (pp. 509-510).

esempio il carattere *self-executing*) riconosciuti, nell'ordinamento interno, alle norme internazionali in questione. Sulla base di una recente ricerca condotta in proposito[9] e limitandoci a evidenziare le norme costituzionali che concernono gli atti di organizzazioni internazionali, può affermarsi che, se alcune costituzioni recenti stabiliscono la prevalenza degli atti obbligatori adottati da un'organizzazione sulle norme interne, altre costituzioni prevedono addirittura una limitazione, o persino una rinuncia a certi poteri sovrani dello Stato membro di un'organizzazione, al fine di perseguire taluni obiettivi di cooperazione internazionale.

Queste variabili implicano una diversificazione significativa dei rapporti fra ordinamento interno preso in esame e ordinamento internazionale. Anche per queste ragioni, non è infrequente che i giudici nazionali siano indotti a non enfatizzare situazioni di conflitto, che vengono quindi "declassate" a situazioni di coordinamento, utilizzando al riguardo, nella loro massima espansione, gli strumenti interpretativi a disposizione, che verranno in seguito analizzati.

Per motivazioni solo in parte analoghe a quelle appena descritte, l'esame della giurisprudenza nazionale rilevante ai nostri fini permette altresì di mettere in luce l'esistenza di orientamenti che tendono a "manipolare" il testo di alcuni atti di organizzazioni internazionali, in particolare talune risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'ONU. Ciò avviene per due ragioni opposte: da un lato, si procede a un'interpretazione estensiva di tali atti in modo da garantirne l'applicazione nel caso concreto, allo scopo, in particolare, di utilizzare lo strumento della prevalenza delle norme della Carta dell'ONU sulle norme internazionali confliggenti, *ex* art. 103 della Carta, secondo l'interpretazione adottata dalla Corte internazionale di giustizia, la quale estende la prevalenza alle risoluzioni obbligatorie del Consiglio di sicurezza. Dall'altro lato, in senso opposto, si cerca di "mettere fuori gioco" queste risoluzioni, interpretandole restrittivamente così da escluderne, totalmente o parzialmente, l'applicazione nel caso di specie, ad esempio al fine di renderne coerente il testo con il regime di diritto interno o di diritto internazionale ritenuto contestualmente applicabile[10].

[9] G. BARTOLINI, *An Universal Approach to International Law in Contemporary Constitutions: Does it Exist?*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2014, par. 5.

[10] Per questa seconda tipologia di orientamento, si veda, di recente, la sentenza del 2 maggio 2014 resa dalla *High Court of Justice of England and Wales*, *Queen's Bench Division*, nel caso *Serdar Mohammed v. Ministry of Defence*, *Mohammed Qasim and Others v. Secretary of State for Defence*, [2014] EWHC 1369, nella quale si procede a un'interpretazione restrittiva delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza – soprattutto la risoluzione dell'8 ottobre 2009, n. 1890 – concernenti lo svolgimento della missione

Vi è un'altra problematica che rende talora incerta la qualificazione, da parte del giudice interno, di una certa fattispecie quale rientrante nelle situazioni di coordinamento o di conflitto fra regole internazionali. Si tratta della questione concernente i possibili errori interpretativi concernenti gli statuti e soprattutto gli atti delle organizzazioni internazionali.

L'errata interpretazione di atti di organizzazioni internazionali, laddove sia compiuta in buona fede (a differenza della problematica sopra riferita finalizzata a manipolare consapevolmente il dato normativo), può porsi sulla base di orientamenti giurisprudenziali di Stati membri diversi, ma anche in relazione a giudici del medesimo Stato. Ad esempio, sempre in relazione a risoluzioni obbligatorie del Consiglio di sicurezza, la Cassazione francese, nella sentenza del 25 aprile 2006, censura le affermazioni del giudice di merito in tema di interpretazione della nota risoluzione del Consiglio del 3 aprile 1991 n. 687, relativa alle conseguenze dell'invasione del Kuwait da parte dell'Iraq, evidenziando i due distinti regimi normativi contemplati nella detta risoluzione[11]. Di conseguenza, la Corte – una volta dichiarato il carattere non *self-executing* delle risoluzioni vincolanti del Consiglio di sicurezza nell'ordinamento francese, che quindi necessitano di atti interni di esecuzione[12] –, afferma che, in ogni caso, l'eventuale applicazione della risoluzione in esame non priva lo Stato straniero oggetto di sanzioni della possibilità di invocare l'immunità dalla giurisdizione esecutiva dello Stato del foro per quanto concerne gli obblighi finanziari assunti dall'Iraq prima del 2 agosto 1990.

3. *Coordinamento e conflitto fra regole dell'organizzazione e norme internazionali in base agli statuti o ad altre regole dell'organizzazione*

Non è infrequente che gli statuti delle organizzazioni internazionali facciano riferimento al diritto internazionale in genere, oppure agli atti istitutivi e di diritto derivato di altre organizzazioni, sia quando si tratta

ISAF in Afghanistan, in modo da renderne il testo compatibile con la disciplina in tema di tutela internazionale dei diritti umani: par. 188 ss., soprattutto par. 218 ss. Su tale sentenza, v. anche *infra*, par. 4.

[11] La distinzione è fra il regime giuridico precedente e quello successivo alla data del 2 agosto 1990 (data di invasione del Kuwait da parte dell'Iraq): v. parte E, par. 16, della risoluzione 687/1991. La sentenza è consultabile in *Revue générale de droit international public*, 2006, p. 950 ss., dove è altresì pubblicato l'esauriente parere dell'avvocato generale della Corte, *ivi*, p. 950 ss., in particolare pp. 954-956.

[12] Secondo la Corte, tuttavia, tali risoluzioni di natura non *self-executing* possono essere prese in esame quale "fait juridique".

di organizzazioni collegate a quella presa in esame, come avviene per l'ONU e i suoi istituti specializzati, sia per organizzazioni operanti nel medesimo settore di attività o nello stesso contesto regionale. Tuttavia, si tratta, in prevalenza, di forme generiche di cooperazione o di coordinamento, che spesso non risolvono le complesse questioni analizzate in questo lavoro.

Non è questa la sede opportuna per soffermarsi in modo approfondito sulla natura e sul contenuto delle varie clausole di coordinamento o di risoluzione dei conflitti fra le regole di distinte organizzazioni internazionali, o tra queste ultime e le regole di diritto internazionale. Alcune di queste regole sono, del resto, molto note, come la già citata clausola di prevalenza degli obblighi statutari rispetto ad altri obblighi di natura pattizia prevista nell'art. 103 della Carta dell'ONU. È da notare, peraltro, che questa disposizione impone obblighi unicamente nei confronti degli Stati membri dell'ONU e non rileva, se non in via indiretta, al fine di prevenire conflitti fra regole dell'ONU e regole di altre organizzazioni internazionali. Per tale ragione, gli statuti delle organizzazioni istituite dopo l'ONU prevedono talora un coordinamento con le norme di tale Organizzazione, che, in alcuni casi, si traduce in un rapporto di vera e propria subordinazione. Anche in questi casi, tuttavia, non mancano nella prassi situazioni di conflitto che non vengono prevenute o risolte sulla base di queste clausole di coordinamento o subordinazione.

Fra gli esempi più emblematici concernenti il coordinamento nel settore del mantenimento della pace e della sicurezza internazionali, può citarsi lo statuto della NATO, il quale prevede diversi riferimenti alla Carta dell'ONU, ad alcuni suoi principi fondamentali e alle funzioni del Consiglio di sicurezza[13].

Sempre con riferimento all'ONU, è utile osservare, inoltre, che l'analisi degli atti istitutivi di alcune organizzazioni regionali pone in evidenza la tendenza ad un coordinamento "progressivo" con la Carta dell'ONU allo scopo soprattutto di armonizzare le funzioni svolte rispettivamente dal Consiglio di sicurezza e dagli organi istituiti dalle organizzazioni regionali. Si pensi, ad esempio, all'UE, i cui riferimenti all'ONU in genere, alla Carta dell'ONU e più specificamente alle funzioni del Consiglio di sicurezza si sono significativamente accresciuti con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Tuttavia, ciò non implica affatto, come dimostrato dalla "saga" relativa ai casi *Kadi* di cui si darà

[13] Si veda il preambolo e gli articoli 1, 5, 7 e 12 del Trattato istitutivo dell'Organizzazione del Nord Atlantico del 4 aprile 1949. Per un'ipotesi di coordinamento, nella giurisprudenza nazionale, della Carta dell'ONU e dello statuto della NATO, si veda *infra*, par. 9.

conto nel corso del lavoro, la prevalenza della Carta dell'ONU e delle risoluzioni vincolanti del Consiglio di sicurezza sulle norme e i principi fondamentali dell'UE. In senso analogo, può citarsi l'esempio dell'ECOWAS, la quale, nel suo trattato istitutivo, privilegiava l'instaurazione di rapporti di coordinamento con le organizzazioni economiche regionali, sia stabilendo, in un'ottica di integrazione del continente africano, l'obiettivo di coordinare e armonizzare le attività dell'Organizzazione con quelle dell'*African Economic Community*, sia prevedendo la possibilità di instaurare una più blanda forma di cooperazione con altre organizzazioni economiche a carattere regionale[14]. In seguito, con il *Protocol Relating to the Mechanism for Conflict Prevention, Management, Resolution, Peace-Keeping and Security*, l'ECOWAS ha previsto un vero e proprio obbligo di cooperazione con l'ONU e con l'Organizzazione per l'unità africana (oggi Unione africana), stabilendo inoltre l'obbligo di conformità di ogni intervento militare da essa approvato rispetto a quanto previsto dai capitoli VII e VIII della Carta dell'ONU[15].

Della stessa natura appaiono le forme di coordinamento previste, rispetto all'ONU e alle funzioni del Consiglio di sicurezza, dall'Unione africana, sia nell'atto istitutivo dell'Organizzazione[16], sia soprattutto, nel senso della confermata progressività delle forme di coordinamento rispetto all'ONU, in base al Protocollo istitutivo del Consiglio della pace e della sicurezza dell'Unione africana[17]. Quest'ultimo riconosce espressamente al Consiglio di sicurezza dell'ONU la responsabilità principale in materia di mantenimento della pace e della sicurezza internazionali[18].

Vale la pena di ribadire, tuttavia, che le clausole di coordinamento, subordinazione o prevalenza sopra richiamate devono essere messe "alla prova dei fatti", verficandone l'applicazione specifica nei casi concreti e la loro effettiva idoneità a prevenire o risolvere situazioni concrete di coordinamento o di conflitto.

[14] Rispettivamente articoli 78 e 79 dell'Accordo istitutivo del 24 luglio 1993.

[15] Art. 52 del Protocollo, approvato il 10 dicembre 1999.

[16] Art. 3, lett. *e*), dello Statuto dell'11 luglio 2000. Tale atto istitutivo dell'Unione africana sancisce contemporaneamente l'estinzione dell'Organizzazione per l'unità africana: art. 33, par. 1.

[17] Si veda il preambolo e rispettivamente gli articoli 4, 7, par. 1, lettere *k*)e *n*), 12, paragrafi 3 e 7, 13, paragrafi 4 e 15-16 del Protocollo del 9 luglio 2002.

[18] Art. 17, par. 1, del Protocollo del 2002.

Parte prima:
coordinamento e conflitto fra norme internazionali e regole di organizzazioni internazionali nella giurisprudenza nazionale

4. *Coordinamento fra norme interne, interpretate alla luce di norme internazionali, e regole di organizzazioni internazionali*

Cominciando ad analizzare la giurisprudenza nazionale rilevante in tema di coordinamento e di conflitto fra regole internazionali e regole di organizzazioni internazionali, è opportuno iniziare l'indagine prendendo in esame le decisioni dei giudici interni che sono espressione di un'esigenza di coordinamento fra regole interne, interpretate alla luce di norme internazionali, e regole di un'organizzazione internazionale.

Questa giurisprudenza può essere suddivisa a seconda dei metodi interpretativi utilizzati al fine di realizzare il coordinamento fra le regole giuridiche anzidette e dei risultati ermeneutici effettivamente conseguiti. In sintesi, i metodi interpretativi maggiormente utilizzati sono il metodo dell'interpretazione conforme, il metodo dell'interpretazione evolutiva e il metodo del bilanciamento dei valori giuridici contrapposti. Essi, a loro volta, sono talora applicati in via cumulativa e, in alcuni casi, scomposti in ulteriori metodi ermeneutici più specifici.

In merito all'interpretazione conforme del diritto interno rispetto al diritto internazionale e alle regole di organizzazioni internazionali, possono anzitutto citarsi i casi in cui il giudice nazionale applica siffatto metodo interpretativo facendo riferimento, in taluni casi, agli atti non vincolanti di organi istituiti nel quadro di organizzazioni internazionali di cui lo Stato è membro. In questi casi, assume particolare importanza il fatto che il contenuto di questi atti di *soft law* viene talora integralmente recepito dal giudice interno al fine di risolvere la questione interpretativa oggetto del giudizio[19]. In altri casi, il metodo dell'interpretazione conforme è applicato al testo di trattati, i quali vengono valorizzati in modo significativo proprio in quanto elaborati nel quadro di organizzazioni interna-

[19] In questo senso, ad esempio, Corte suprema del Bangladesh, sent. 7 febbraio 2000, *Islam v. Bangladesh*, par. 10, in merito all'interpretazione del divieto di pubblicità di prodotti a base di tabacco alla luce della Costituzione e di una risoluzione adottata dall'Organizzazione mondiale della sanità in tale ambito, ma non specificata dalla Corte; Corte costituzionale cipriota, sent. 24 marzo 1984, *Constantinou v. Cyprus (Ministry of Finance)*, par. 6, con riferimento alla nozione di persona disabile, che viene integralmente ricavata dal testo della risoluzione dell'Assemblea generale dell'ONU sui diritti delle persone disabili del 9 dicembre 1975, n. 3447 (XXX). Le sentenze sono consultabili sul sito http://opil.ouplaw.com.

zionali[20]. Nell'applicazione delle suddette convenzioni, i tribunali interni prendono in esame in modo approfondito la prassi degli organi istituiti nel quadro di tali organizzazioni, la quale, pur non possedendo valore vincolante, viene considerata rilevante in sede di interpretazione di tali trattati[21], oppure la prassi di organi ai quali è generalmente riconosciuta una particolare autorevolezza nel settore normativo oggetto della convenzione[22].

Come si è in precedenza accennato[23], in alcune circostanze i giudici nazionali interpretano gli atti di organizzazioni internazionali, in particolare le risoluzioni obbligatorie del Consiglio di sicurezza, in modo restrittivo, così da rendere più agevole il coordinamento fra tali atti e la normativa interna e internazionale applicabile al caso concreto. Così può essere letta, a nostro parere, la citata sentenza resa dall'Alta Corte di giustizia del Regno Unito e del Galles del 2 maggio 2014[24], nella quale la Corte interpreta restrittivamente le risoluzioni del Consiglio di sicurezza

[20] Emblematica in questo senso è la sentenza della Corte costituzionale colombiana, sent. 23 gennaio 2008 C-030/08, resa nel caso *García Guzmán and Others*, par. 155, concernente la tutela dei diritti dei popoli indigeni alla luce della Costituzione e della Convenzione dell'Organizzazioni internazionale del lavoro del 27 giugno 1989, n. 169, sui popoli indigeni e tribali in Stati indipendenti, nella quale si evidenzia, fra l'altro, la "specialità" della Convenzione in quanto predisposta in seno alla suddetta Organizzazione. La sentenza è consultabile sul sito http://opil.ouplaw.com.

[21] Si vedano Corte federale australiana, sent. 15 dicembre 2000, *Australia v. Human Rights and Equal Opportunity Commission and Hamilton*, par. 29 ss., in relazione alla nozione di discriminazione contenuta in atti normativi interni e nella Convenzione dell'Organizzazione internazionale del lavoro del 25 giugno 1958, n. 111, sulla discriminazione nell'impiego e nella professione e ulteriormente chiarita nei lavori del Comitato di esperti e di altri organi istituiti dall'Organizzazione e aventi competenza a interpretare le convenzioni elaborate in sede OIL; Corte suprema di giustizia messicana, sent. 18 marzo 2009, resa nel caso *Isssteson*, par. 3 ss., in materia di esegesi del diritto alla sicurezza sociale in base alla Costituzione, ad alcuni trattati internazionali sui diritti umani e a convenzioni OIL nonché alla luce della prassi di organi aventi competenza a interpretare tali accordi; Corte costituzionale belga, sent. 15 marzo 2011, *ADS (bvba)* and *Others v. Belgium*, par. B.6.1, in tema di esegesi del diritto alla salute secondo un'interpretazione conforme della Costituzione e di alcuni trattati conclusi nel quadro dell'Organizzazione mondiale della sanità, nonché in base a diversi atti di *soft law* adottati nell'ambito della stessa o di altre organizzazioni, quali ad esempio l'UE. Le sentenze sono consultabili sul sito http://opil.ouplaw.com.

[22] Si vedano gli ampi riferimenti agli atti adottati dall'Alto Commissariato per i rifugiati dell'ONU nella sent. 3 aprile 2007 resa dalla Corte suprema cipriota, *Sarmadi v. Cyprus, ex parte Refugee Review Authority*, par. 11 ss., in relazione all'interpretazione della Convenzione del 28 luglio 1951 sullo *status* di rifugiato e al protocollo addizionale del 31 gennaio 1967, al fine di accertare i presupposti per il riconoscimento dello *status* di rifugiato. La sentenza è consultabile sul sito http://opil.ouplaw.com.

[23] V. *supra*, par. 2.

[24] Par. 188 ss.

in materia di disciplina delle funzioni e delle competenze della missione ISAF in Afghanistan, in particolare la risoluzione dell'8 ottobre 2009, n. 1890, in modo da "piegarne" il testo e renderlo conforme alle norme internazionali sulla protezione dei diritti umani rilevanti nel caso di specie[25].

Un altro metodo interpretativo ampiamente utilizzato nella giurisprudenza nazionale al fine di coordinare norme interne, norme internazionali e regole di organizzazioni internazionali è, come si è detto, quello dell'interpretazione evolutiva. Al riguardo può ad esempio richiamarsi, per un verso, la giurisprudenza italiana e quella del Regno Unito in tema di definizione della nozione di terrorismo internazionale, nelle quali si fa riferimento anche ad atti di organizzazioni internazionali, in particolare agli atti adottati in materia dal Consiglio di sicurezza dell'ONU e da istituzioni dell'UE[26]. Per altro verso, può citarsi la sentenza della Corte suprema canadese del 4 giugno 1998 nel caso *Pushpanathan and Canadian Council for Refugees (intervening) v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, nella quale si procede a un'esegesi evolutiva e sistematica della Convenzione del 28 luglio 1951 sullo *status* di rifugiato e della Carta dell'ONU, al fine di interpretare restrittivamente alcune deroghe all'applicazione della suddetta Convenzione[27].

Una modalità particolare attraverso la quale il giudice nazionale applica il metodo dell'interpretazione evolutiva in sede di coordinamento fra norme interne, internazionali e regole di organizzazioni internazionali consiste nel fatto che esso, al fine di risolvere il caso in questione, opera una ricognizione del diritto internazionale generale rilevante per la fattispecie. In questo ambito, il giudice nazionale valorizza anche gli statuti e gli atti di organizzazioni internazionali, i quali sono in questo caso presi in esame quale espressione dell'*opinio juris* della comunità internazionale nel settore normativo considerato. In estrema sintesi, può rilevarsi che, se in alcuni casi la ricostruzione dell'*opinio juris* viene effettuata in modo "tradizionale", attraverso quindi il riferimento a diverse fonti internazionali, ivi comprese quelle provenienti da organizzazioni internaziona-

[25] Par. 221 della sentenza.

[26] Per i necessari approfondimenti sul contenuto di tale giurisprudenza e sulla determinazione degli atti delle organizzazioni sopra citate, si veda R. NIGRO, *La definizione di terrorismo nel diritto internazionale*, Napoli, 2013, rispettivamente p. 167 ss. per la giurisprudenza italiana e p. 277 ss. per quella del Regno Unito.

[27] Par. 51 ss. della sentenza, consultabile sul sito http://opil.ouplaw.com. Le clausole di deroga sopra riferite sono previste nell'art. 1, par. F, lettere *b*) e *c*), concernenti rispettivamente la commissione di un crimine grave di diritto comune e di atti contrari agli scopi e ai principi dell'ONU.

li[28], in altri casi l'approvazione di alcuni atti, talora non obbligatori, da parte di un'organizzazione internazionale viene ritenuta, di per sé, una prova significativa delle tendenze della comunità internazionale in un determinato ambito normativo[29]. In altri casi ancora, le corti interne dichiarano la corrispondenza di alcuni principi fondamentali contenuti negli statuti di organizzazioni internazionali a un non meglio precisato "ordine pubblico universale", così da garantirne persino l'applicazione retroattiva, precedente cioè all'ammissione dello Stato nell'organizzazione considerata[30].

Infine, l'ulteriore metodo ermeneutico maggiormente utilizzato dai tribunali nazionali per effettuare il coordinamento fra regole interne, internazionali e di organizzazioni internazionali è basato sul bilanciamento dei valori giuridici che si contrappongono nel caso di specie. A questo riguardo, può ad esempio citarsi la sentenza del 1° aprile 2013 dalla Corte suprema indiana nel caso *Novartis AG v. Union of India and Others*, relativa al bilanciamento fra il diritto alla salute, così come disciplinato a livello interno e internazionale, e rispetto del regime previsto nell'Accordo TRIPS, concluso, come è noto, nel quadro dell'Organizzazione mondiale del commercio, con particolare riferimento alla questione del coordinamento fra il diritto di accesso ai farmaci essenziali da parte della popolazione nazionale – diritto derivato dal più ampio diritto alla salute – e il diritto alla tutela dei brevetti di cui sono titolari società straniere. Da notare che l'esigenza di individuare «a balance between the need to promote research and development and to keep private monopoly (called an 'aberration' under our Constitutional scheme) at the minimum» costituisce addirittura una premessa metodologica dell'analisi del-

[28] Corte suprema israeliana (as Court of First Instance), sent. 30 marzo 2006, *Kav La'Oved (Worker's Hotline) Association and Others v. Israel and Others*, in tema di tutela dei diritti degli immigrati, nella quale la Corte, in primo luogo, accerta la corrispondenza di alcuni strumenti internazionali al diritto consuetudinario (par. 36) e, in secondo luogo, interpreta le norme interne in modo conforme al suddetto regime internazionale (par. 37). La sentenza è consultabile sul sito http://opil.ouplaw.com.

[29] Corte costituzionale suprema egiziana, dec. 5 agosto 1995, *El Morsi v. President of Egypt and Others*, in cui la Corte afferma che alcune risoluzioni dell'Assemblea generale dell'ONU in tema di diritti delle persone disabili costituiscono la prova delle tendenze attuali della comunità internazionale. La sentenza è consultabile sul sito http://opil.ouplaw.com.

[30] Tribunale federale svizzero, sent. 28 marzo 2001, *Beverly Overseas SA v. Privedna Banka Zagreb*, par. 5, lett. *f*), in tema di applicazione, nell'ordinamento svizzero, di alcune risoluzioni vincolanti del Consiglio di sicurezza adottate nel periodo precedente all'ammissione della Svizzera nell'ONU. In particolare, il Tribunale valorizza il fatto che il principio che vieta l'uso della forza nelle relazioni internazionali e gli atti che ne garantiscono il rispetto siano appunto espressione di un ordine pubblico universale. La sentenza è consultabile sul sito http://opil.ouplaw.com.

la Corte nel caso di specie[31]. Come si vedrà anche più avanti[32], la questione del bilanciamento dei valori contrapposti può sorgere anche in fase di esecuzione o adeguamento a pronunce di organi o corti internazionali, come nel caso qui esaminato in merito alle decisioni degli organi di soluzione delle controversie nel quadro dell'OMC[33].

5. *Conflitto fra norme interne, internazionali e regole di organizzazioni internazionali: impostazione della problematica e rilevanza della teoria dei controlimiti*

In tema di analisi delle soluzioni adottate nella giurisprudenza nazionale in merito alle questioni di conflitto fra norme interne, internazionali e regole di organizzazioni internazionali, rileva anzitutto, sotto il profilo generale, sia il carattere monistico o dualistico dei rapporti fra l'ordinamento nazionale preso in esame e quello internazionale, sia la natura della norma internazionale in questione, in particolare la sua diretta applicabilità o efficacia diretta nel sistema giuridico interno, sia il rango attribuito a tale norma a livello nazionale. Inoltre, sotto un profilo più specifico, particolare rilevanza assume, in Italia come in altri Paesi, la teoria dei controlimiti, variamente formulata a livello teorico e applicata, in modo egualmente differente, nella giurisprudenza nazionale. Ai fini della risoluzione dei conflitti in esame, invece, non sembra rilevare in modo significativo il regime internazionale previsto per le ipotesi di conflitto fra trattati internazionali successivi, in particolare l'art. 30 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, la quale, come è noto, si applica ai trattati istitutivi di organizzazioni internazionali e a

[31] Per l'applicazione effettiva di tale approccio interpretativo, si vedano i paragrafi 4 e 66 ss. della sentenza. In essa, la Corte esclude la brevettabilità di un'innovazione tecnologica ritenuta di scarso valore, poiché considerata un semplice miglioramento di una precedente invenzione su un farmaco già oggetto di un brevetto ormai prossimo alla scadenza. Su tale decisione, si veda P. ACCONCI, *La riduzione del prezzo dei farmaci essenziali: uno strumento necessario ma non sufficiente per la tutela della salute nel quadro del diritto internazionale*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 437 ss. e, per una più ampia analisi del problema in questione, ID., *Tutela della salute e diritto internazionale*, Padova, 2011, p. 288 ss.

[32] Vedi *infra*, par. 11.

[33] Per la sintesi dei procedimenti di fronte agli organi OMC nei confronti dell'India e concernenti la compatibilità della legislazione indiana sull'accesso ai farmaci essenziali rispetto all'Accordo TRIPS, v. la sentenza della Corte suprema indiana citata nel testo, paragrafi 62-63.

quelli elaborati nel quadro di esse, fatte salve eventuali regole speciali dell'organizzazione[34].

In relazione all'ordinamento italiano, il contenuto dei controlimiti risulta particolarmente esteso, come è noto, con riguardo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo[35], mentre è circoscritto ai principi fondamentali della Costituzione, in particolare i principi in materia di tutela dei diritti umani, in merito all'applicazione interna del diritto internazionale generale[36] e del diritto dell'UE. Per quanto concerne le fonti normative che costituiscono i parametri giuridici sulla base dei quali viene condotto l'esame sui controlimiti, la giurisprudenza interna può essere suddivisa fra orientamenti che si riferiscono alle sole norme primarie di diritto interno[37] e orientamenti che fanno leva su norme interne coordinate con norme internazionali, con particolare riferimento alle norme in tema di tutela internazionale dei diritti umani e con il diritto dell'UE. Da quest'ultimo punto di vista, la giurisprudenza di Paesi membri dell'UE esclude talora il controllo di costituzionalità su atti interni esecutivi di atti dell'UE, affermando che, nel caso di specie, un analogo profilo di illegittimità era già stato sollevato ed escluso nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE, sul presupposto quindi dell'equiparazione di contenuto fra il principio nazionale e quello comunitario oggetto del controllo giurisdizionale[38]. Nell'ottica di una corretta applicazione della teo-

[34] Art. 5 della Convenzione di Vienna. Un'eccezione all'irrilevanza dell'art. 30 della Convenzione di Vienna, ai fini della risoluzione dei conflitti fra trattati successivi, è data dalla giurisprudenza svizzera, nella quale, peraltro, il riferimento a tale norma, in particolare all'art. 30, par. 1, è unicamente funzionale alla valorizzazione dell'art. 103 della Carta dell'ONU e quindi alla prevalenza delle risoluzioni obbligatorie del Consiglio di sicurezza su altri obblighi internazionali: si veda, in proposito, *infra*, par. 6.

[35] Da ora in poi CEDU.

[36] Con riferimento alle norme di diritto internazionale consuetudinario, assume particolare importanza la sentenza della Corte costituzionale del 22 ottobre 2014, n. 238, nella quale, in sostanza, la Corte dichiara il contrasto fra la norma costituzionale sul diritto di accesso alla giustizia (art. 24 Cost.) e la norma generale sull'immunità dello Stato estero dalla giurisdizione, con riguardo a condotte di Stati stranieri, nel caso di specie la Germania durante la seconda guerra mondiale, le quali configurano crimini internazionali dello Stato e sono quindi espressione, secondo la Corte, di un "esercizio illegittimo della potestà di governo dello Stato straniero" (paragrafi 3.4 e 5.1 del *Considerato in diritto*), con l'effetto che il meccanismo di adattamento automatico contenuto nell'art. 10, primo comma, Cost. non opera per questa parte della norma consuetudinaria.

[37] Nella giurisprudenza nazionale recente, relativa all'applicazione dei controlimiti rinvenuti nelle disposizioni costituzionali, si veda la sentenza del 9 luglio 2012 resa dalla Corte costituzionale russa nel caso *Members of the State Duma*, in merito alla conformità rispetto alla Costituzione, sotto il profilo del rispetto dei diritti umani, del Protocollo di adesione della Federazione russa all'Organizzazione mondiale del commercio del 16 dicembre 2011. Il testo della sentenza è consultabile sul sito http://opil.ouplaw.com.

[38] Si veda Consiglio di Stato francese, sent. 3 giugno 2009, *Société Arcelor Atlanti-*

ria dei controlimiti a livello nazionale, questo particolare orientamento giurisprudenziale può essere accolto con favore solo nella misura in cui vi sia un'effettiva e totale equiparazione fra i principi in esame, sotto il profilo del loro contenuto materiale, dell'applicazione *ratione personae* e degli altri elementi eventualmente rilevanti.

In merito al controllo sugli statuti delle organizzazioni internazionali e sugli atti da esse adottati, va ulteriormente premesso che la teoria dei controlimiti, pur essendosi formata in relazione alle organizzazioni più importanti e aventi maggiore incidenza a livello nazionale (ONU e UE), viene spesso applicata con riferimento alle regole di altre organizzazioni, sia sulla base della medesima impostazione utilizzata per le organizzazioni più note[39], sia sulla base di impostazioni diverse.

6. *Conflitto fra norme interne, coordinate con norme internazionali, e atti nazionali esecutivi di risoluzioni del Consiglio di sicurezza dell'ONU: il ricorso all'art. 103 della Carta dell'ONU*

Una delle soluzioni individuate nella giurisprudenza interna per risolvere i profili di conflitto fra norme internazionali e regole di organizzazioni internazionali viene fondata nella già citata clausola di prevalenza degli obblighi stabiliti dalla Carta dell'ONU *ex* art. 103, talora valo-

que et Lorraine e altri (in *Revue générale de droit international public*, 2010, p. 223 ss., con nota di J. MATRINGE) che esclude il controllo sulla conformità dell'atto nazionale di trasposizione della Direttiva 2003/87/CE del Parlamento e del Consiglio del 13 ottobre 2003, la quale istituisce un sistema per lo scambio di quote di emissione dei gas a effetto serra nella Comunità e che modifica la direttiva 96/61/CE del Consiglio, rispetto al principio di eguaglianza contenuto nella Costituzione francese e ritenuto corrispondente all'analogo principio comunitario, di cui la Corte di giustizia aveva in precedenza escluso la violazione. In senso conforme, ma con affermazioni assai più chiare, Consiglio di Stato francese, sent. 6 dicembre 2012, *Societé Air Algerie*, *ivi*, 2013, p. 375 ss., secondo cui, nell'ipotesi di contrasto fra un atto interno ("décret") di trasposizione di una direttiva comunitaria e un principio costituzionale, è necessario preliminarmente verificare se esista «une règle ou un principe général de droit communautaire qui, eu égard à sa nature et sa portée, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué, et, dans l'affirmative, afin de s'assurer de la constitutionnalité du décret, de rechercher si la directive que ce décret transpose est conforme à cette règle ou à ce principe général de droit communautaire»: p. 378.

[39] Per l'analisi della giurisprudenza tedesca, concernente in particolare l'applicazione della nota giurisprudenza *Solange* in merito allo statuto e agli atti dell'Organizzazione europea dei brevetti, si veda A. REINISCH, *Decisions of the European Patent Organization Before National Courts*, in A. REINISCH (ed.), *Challenging Acts of International Organizations before National Courts*, Oxford, 2010, p. 137 ss.

rizzando anche quanto stabilito dall'art. 30, par. 1 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati[40]. La giurisprudenza più nota in materia è quella svizzera, nella quale il conflitto in esame concerne regole primarie interne, coordinate con norme internazionali a tutela dei diritti umani, e risoluzioni vincolanti del Consiglio di sicurezza. In queste decisioni, viene accertata la prevalenza degli obblighi previsti dalla Carta dell'ONU, con il limite della violazione di norme di *jus cogens*. Tuttavia, non è di poco conto evidenziare che, nei casi in questione, le corti svizzere mostrano una certa "insofferenza" ad accogliere la soluzione della primazia degli obblighi contenuti in alcune risoluzioni del Consiglio di sicurezza, in particolare quelle che prevedono sanzioni individuali nei confronti di persone fisiche e giuridiche coinvolte in attività terroristiche. Queste corti, infatti, segnalano con cura le lacune, in termini di protezione effettiva dei diritti umani, del regime giuridico delineato nelle risoluzioni del Consiglio di sicurezza e i numerosi profili di conflitto con la Costituzione elvetica, interpretata alla luce di alcune norme internazionali, ad esempio l'art. 6 della CEDU e l'art. 14 del Patto sui diritti civili e politici del 1966, come avvenuto nella sentenza relativa al noto caso *Nada*[41]. Proprio il caso appena citato è successivamente approdato davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha condannato la Svizzera per violazione della CEDU[42]. Sarà quindi interessante verificare quale sarà l'approccio futuro della giurisprudenza svizzera in fattispecie analoghe a quelle qui esaminate.

Va notato che l'accertamento del conflitto fra regime giuridico (interno e internazionale) in tema di protezione dei diritti umani e risoluzioni del Consiglio di sicurezza non è scontato nella giurisprudenza nazionale, come desumibile dall'esame delle decisioni di tribunali di altri Stati nelle quali ci si limita a mettere in luce come, nei casi di applicazione delle risoluzioni che irrogano "sanzioni intelligenti" verso individui, l'unica possibilità di tutela per l'individuo è l'attivazione, nelle forme previste dallo stesso Consiglio di sicurezza, della procedura di *delisting*[43].

[40] Si veda, ad esempio, il par. 5.1 della sentenza resa nel caso *Nada* e di seguito indicata nel testo.

[41] Tribunale federale, sent. 14 novembre 2007, *Nada (Youssef) v. State Secretariat for Economic Affairs and Federal Department of Economic Affairs*, in particolare par. 7.4 con riguardo all'accertamento di talune evidenti lacune nel noto procedimento di *de-listing* dell'individuo oggetto di sanzioni e par. 8.3, per i profili specifici di conflitto con le norme interne e internazionali sui diritti umani. Il testo della sentenza è consultabile sul sito http://opil.ouplaw.com.

[42] V. *infra*, par. 13.

[43] Per tali affermazioni, si veda Consiglio di Stato turco, sent. 22 febbraio 2007,

La consapevolezza da parte dei giudici svizzeri della "imperfection" della procedura di *de-listing*, sotto il profilo del pregiudizio significativo per alcuni diritti umani garantiti a livello costituzionale e internazionale, è ampiamente confermata nella giurisprudenza successiva. In essa, pur rilevando «une primauté absolue et générale» degli obblighi previsti nella Carta dell'ONU, in base all'art. 103 e salvo il consueto e improbabile limite dello *jus cogens*[44], la Corte individua alcuni strumenti di tutela per l'individuo destinatario delle sanzioni intelligenti, i quali sembrerebbero ispirati alla logica della protezione equivalente dei diritti umani violati nel caso di specie. Da un lato, si afferma, infatti, che le autorità federali possono (ma non devono) agire sul piano internazionale, promuovendo la procedura di *de-listing* a livello intergovernativo; d'altro lato, si assegna al ricorrente un "bref et dernier délai" per presentare una nuova richiesta di *de-listing* alla luce della disciplina all'epoca vigente[45]. Al riguardo, è agevole notare che i meccanismi in questione sono ben lontani dall'assicurare un pur minima protezione equivalente dei diritti umani dei soggetti colpiti dalle sanzioni del Consiglio di sicurezza.

7. *Conflitto fra norme interne, implicitamente coordinate con norme internazionali, e atti nazionali esecutivi di risoluzioni del Consiglio di sicurezza, con annullamento degli atti nazionali*

Un altro orientamento seguito nella giurisprudenza nazionale in materia di risoluzione dei conflitti fra norme interne, internazionali e regole di organizzazioni internazionali si fonda sulla decisione di impostare la

nell'altrettanto noto caso *Kadi v. Prime Ministry and Ministry of Foreign Affairs of Turkey*, par. 40. Il testo della sentenza è consultabile sul sito http://opil.ouplaw.com.

[44] Tribunale federale (seconda Corte di diritto pubblico), sent. 23 gennaio 2008, *A v. Federal Department of Economic Affairs*, rispettivamente paragrafi 11.2, per le imperfezioni della disciplina normativa in tema di sanzioni intelligenti, e 7.2 per l'accertamento della prevalenza degli obblighi contenuti nelle risoluzioni del Consiglio di sicurezza. Il testo della sentenza è consultabile sul sito http://opil.ouplaw.com.

[45] *Ivi*, paragrafi 11.2 e 12 della sentenza. Nel medesimo senso, sempre nella giurisprudenza svizzera, si veda Tribunale federale (prima Corte di diritto pubblico), sent. 22 aprile 2008, *A v. State Secretariat for Economic Affairs and Federal Department of Economic Affairs*, in cui si accerta che la procedura prevista per il *de-listing* non assicura il rispetto del diritto di accesso a un giudice indipendente imparziale e del diritto a un ricorso effettivo (par. 8.3), ma si aggiunge che le autorità federali possono comunicare al Comitato delle sanzioni istituito dal Consiglio di sicurezza l'esito eventualmente favorevole per l'accusato delle indagini penali riguardanti l'individuo inserito nella lista delle sanzioni nonché richiedere la sua cancellazione dalla suddetta lista (par. 9.2). Il testo della sentenza è consultabile sul sito http://opil.ouplaw.com.

questione in termini di conflitto soltanto fra regime giuridico interno e atti di organizzazioni internazionali, in particolare risoluzioni vincolanti del Consiglio di sicurezza.

La giurisprudenza rilevante al riguardo è quella del Regno Unito. Ad esempio, nella sentenza del 27 gennaio 2010, la Corte suprema annulla, in quanto ritenuti in contrasto con i diritti individuali protetti nell'ordinamento nazionale, alcune parti degli atti interni esecutivi della risoluzione del Consiglio di sicurezza del 15 ottobre 1999, n. 1267, e delle relative decisioni del cd. Comitato 1267[46], incaricato di predisporre e aggiornare una lista di soggetti (persone fisiche e giuridiche) sospettati di essere coinvolti in atti di terrorismo internazionale e per questo destinatari di sanzioni intelligenti da parte del Consiglio[47]. Nella sentenza si afferma che, mentre la CEDU rientra fra gli strumenti pattizi ai quali si applica la clausola di prevalenza di cui all'art. 103 della Carta dell'ONU, in conformità a quanto deciso dalla *House of Lords* nel caso *R (on the application of Al-Jedda) (FC) (Appellant) v. Secretary of State for Defence (Respondent)*[48], ciò non vale con riferimento ai diritti individuali – nel caso di specie il diritto di proprietà e il diritto di accesso a un giudice – protetti dal diritto interno in quanto quest'ultimo «[is] not affected by article 103 of the UN Charter»[49].

La decisione di fare riferimento al solo diritto interno appare quindi espressione di una "strategia" giudiziaria finalizzata ad evitare l'applicazione, secondo la ricostruzione non esente da critiche della Corte, dell'art. 103 della Carta ONU, ma è evidente, come messo in luce in dottrina[50], la presa in considerazione delle norme e dei valori internazionali

[46] In particolare si tratta del *Terrorism (United Nations Measures) Order 2006* e dell'*Al-Qaida and Taliban (United Nations Measures) Order 2006*.

[47] Per una precedente decisione di contenuto analogo, si veda Alta Corte di giustizia dell'Inghilterra e del Galles, sent. 10 luglio 2009, *Hay v. Her Majesty's Treasury and Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, in particolare paragrafi 36-37, 40 e 46.

[48] Sentenza del 12 dicembre 2007. In particolare si veda l'opinione di Lord Bingham of Cornhill, paragrafi 35-36.

[49] Si veda il caso *Her Majesty'sTreasury (Respondent)* c. *Mohammed Jabar Ahmed and Others (FC) (Appellants)*, *Her Majesty's Treasury (Respondent)* c. *Mohammed al-Ghabra (FC) (Appellant)*, *R (on the application of Hani El Sayed Sabaei Youssef (Respondent) v. Her Majesty's Treasury (Appellant)*, in particolare l'opinione di Lord Hope, condivisa da Lord Walker e Lady Hale, par. 75 e paragrafi 71-75 per l'intera ricostruzione sopra riferita. Il testo della sentenza è consultabile sul sito http://opil.ouplaw.com.

[50] P. DE SENA, *Sanzioni individuali del Consiglio di sicurezza, art. 103 della Carta delle Nazioni Unite e rapporti fra sistemi normativi*, in F. SALERNO (a cura di), *Sanzioni «individuali» del Consiglio di sicurezza e garanzie processuali fondamentali*, Padova, 2010, p. 60.

in tema di tutela dei diritti umani – soprattutto quelli previsti dalla CEDU e dall'UE[51] – nell'esegesi e nell'applicazione delle norme interne. In questo modo, i giudici interni, pur non applicando espressamente le norme internazionali sui diritti umani, "riempiono" le norme interne di valori mutuati da norme internazionali e dell'UE.

Di contenuto analogo è la sentenza adottata, sempre dalla Corte suprema del Regno Unito, il 4 febbraio 2010, nella quale si rigetta l'istanza di sospensione degli effetti della precedente sentenza del 27 gennaio 2010[52].

8. *Conflitto fra norme interne, espressamente coordinate con norme internazionali, e atti nazionali esecutivi di risoluzioni del Consiglio di sicurezza, con annullamento degli atti nazionali*

Un risultato analogo a quello realizzato nella giurisprudenza analizzata nel paragrafo precedente, cioè l'annullamento degli atti interni esecutivi di risoluzioni obbligatorie del Consiglio di sicurezza, viene ottenuto, con un'impostazione diversa, anche nella giurisprudenza di altri Paesi, in particolare quella canadese e olandese.

Particolarmente espressiva di questo orientamento è la sentenza adottata dalla Corte federale del Canada il 4 giugno 2009 nel caso *Abdelrazik*, nella quale la Corte procede a un'interpretazione coordinata e sistematica di alcune norme internazionali a protezione dei diritti umani e delle norme della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, con specifico riferimento ai diritti del ricorrente di fare ritorno nel Paese di cittadinanza (Canada), del diritto a un equo processo e del diritto a un rimedio effettivo. Tali diritti sono ritenuti in conflitto con la decisione del Comitato delle sanzioni dell'ONU di inserire il ricorrente, sulla base della citata risoluzione 1267/1999, nella lista dei presunti terroristi affiliati ad Al-Qaida[53]. La decisione in esame assume interesse anche per la valu-

[51] Si vedano i riferimenti, nell'opinione di Lord Hope, condivisa da Lord Walker e Lady Hale (paragrafi 67-68), alla sentenza della Corte di giustizia dell'UE del 3 settembre 2008 nel caso *Kadi*, di cui si dirà più avanti.

[52] Si veda il caso *HM Treasury (Respondent) v. Ahmed and Others (FC) (Appellants), HM Treasury (Respondent) v. M. Al-Ghabra (FC) (Appellant), R (on the application of H. El S.S. Youssef) (Respondent) v. HM Treasury (Appellant) (No 2), HM Treasury v. Ahmed and Others*, in particolare l'opinione di Lord Phillips, condivisa da Lord Rodger, Lord Walker, Lady Hale, Lord Brown e Lord Mance. Il testo della sentenza è consultabile sul sito http://opil.ouplaw.com.

[53] Si veda ilcaso *Abousfian Abdelrazik v. the Minister of Foreign Affairs and the Attorney General of Canada*, par. 42 ss. Il testo della sentenza è consultabile sul sito

tazione approfondita del sistema di *listing* e *de-listing* oggetto della risoluzione 1267/1999, che viene considerato «as a denial of basic legal remedies and as untenable under the principles of international human rights»[54].

Un approccio simile a quello seguito dalla giurisprudenza canadese è riscontrabile nella sentenza del 3 febbraio 2010 resa dalla Corte di prima istanza dei Paesi Bassi. In questa decisione, la Corte utilizza, quale parametro giuridico di legittimità dell'atto interno di esecuzione della risoluzione del Consiglio di sicurezza del 23 dicembre 2006, n. 1737, in materia di contrasto alla proliferazione delle armi nucleari in Iran, la disciplina normativa interna e internazionale sui diritti umani, accertando una discriminazione eccessiva e ingiustificata nei confronti di individui di cittadinanza iraniana. È utile notare che il giudice nazionale censura in particolare il fatto che lo Stato abbia fatto ricorso, nel quadro della normativa di esecuzione sopra riferita, a strumenti inadeguati e non conformi al principio di proporzionalità, eccedendo quindi il margine di discrezionalità riconosciuto nella risoluzione del Consiglio di sicurezza 1737/2006[55]. Di conseguenza, la sentenza in esame "anticipa" il ragionamento successivamente seguito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel citato caso *Nada c. Svizzera*, laddove essa sembra escludere la responsabilità dello Stato membro dell'ONU e parte della CEDU in assenza di un margine di apprezzamento dello Stato in materia di esecuzione delle risoluzioni obbligatorie del Consiglio di sicurezza, orientamento poi superato dalla stessa Corte di Strasburgo nella sentenza del 26 novembre 2013 resa nel caso *Al-Dulimi e Montana Management Inc.* c. *Svizzera*.

http://opil.ouplaw.com.

[54] Par. 51 della sentenza.

[55] Si veda il caso *A and Others v Netherlands (Ministry of Foreign Affairs and Ministry of Education, Culture, and Science)*, paragrafi 4.6 e 4.10. Il testo della sentenza è consultabile sul sito http://opil.ouplaw.com.

Parte seconda:
coordinamento e conflitto fra regole di organizzazioni internazionali nella giurisprudenza nazionale

9. *Coordinamento fra regole di organizzazioni internazionali*

Passando ad esaminare i casi di coordinamento e di conflitto fra regole di organizzazione internazionali *inter se*, occorre premettere che le soluzioni adottate nella giurisprudenza nazionale al fine di risolvere le questioni in esame dipendono in larga misura, come già accennato, dal rango assunto, a livello nazionale, dagli statuti e dagli atti delle organizzazioni, che possono variare anche in modo significativo a seconda del singolo statuto preso in esame, nonché, per converso, dall'applicazione della teoria dei controlimiti, la quale può essere applicata in modo assai diverso in relazione ai singoli statuti considerati.

Fra i casi di una certa rilevanza di coordinamento fra regole di diverse organizzazioni internazionali, può citarsi la sentenza del 22 novembre 2001 adottata dalla Corte costituzionale tedesca in materia di interpretazione dell'art. 59, comma 2, della *Grundgesetz*, in relazione alla necessità del consenso del Parlamento tedesco alla ratifica di alcuni accordi di particolare importanza espressamente indicati, nella specie l'accordo sul nuovo concetto strategico concluso nell'ambito della NATO nel 1999[56]. In questa sede, la Corte esclude che l'atto sul nuovo concetto strategico costituisca un accordo internazionale, o un emendamento al trattato NATO, tali da richiedere il consenso del Parlamento, procedendo a tal fine a un'esegesi coordinata della Carta dell'ONU e del Trattato NATO e affermando di conseguenza che l'atto del 1999 è compatibile con gli obiettivi e le finalità contenuti negli anzidetti statuti[57].

Non mancano casi, nella prassi giudiziaria interna, di coordinamento fra atti emanati dalla stessa organizzazione internazionale. Fra i casi recenti affrontati nella giurisprudenza italiana, può richiamarsi la sentenza della Cassazione del 19 maggio 2014 sul coordinamento tra la decisione quadro 2008/909/GAI del 27 novembre 2008 sull'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro

[56] *New Strategic Concept Case, Parliamentary Group of the Party of Democratic Socialism in the German Federal Parliament v Federal Government (represented by the Federal Chancellor)*. Il testo della sentenza è consultabile sul sito http://opil.ouplaw.com.

[57] *Ivi*, paragrafi 145 e 157.

esecuzione nell'UE, e la nota decisione quadro 2002/584/GAI del 13 giugno 2002 sul mandato di arresto europeo e le procedure di consegna tra Stati membri. Nella sentenza si afferma, in relazione all'esegesi coordinata dei due atti di pari rango normativo, che "[l]a nuova disciplina normativa, infatti si propone di integrare il sistema di consegna del mandato d'arresto europeo"[58].

10. *Conflitto fra regole di organizzazioni internazionali nella giurisprudenza interna. Ipotesi di conflitto fra regole dell'UE e regole di altre organizzazioni, in particolare l'Eurocontrol e le scuole europee*

Con riferimento ai casi giurisprudenziali relativi a situazioni di conflitto fra regole di organizzazioni internazionali, va premesso che tali casi vanno suddivisi, da un lato, fra casi che riguardano situazioni di conflitto fra regole della medesima organizzazione e casi concernenti regole appartenenti a diverse organizzazioni. D'altro lato, i conflitti in questione possono a loro volta suddividersi fra i casi in cui vi è la possibilità per il giudice nazionale di sottoporre la questione del conflitto a organi giurisdizionali dell'organizzazione, come avviene in relazione all'obbligo del giudice interno di effettuare il rinvio pregiudiziale di validità degli atti obbligatori dell'UE alla Corte di giustizia[59], e casi in cui ciò non è possibile, laddove quindi la soluzione del conflitto è interamente devoluta alla decisione del giudice nazionale. In questo secondo caso, tuttavia, non è da escludere che il giudice interno possa, sulla base del regime previsto nel proprio ordinamento nazionale, sottoporre la questione di legittimità costituzionale degli atti interni di ratifica ed esecuzione degli statuti di organizzazioni internazionali per contrarietà a norme costituzionali, le quali garantiscano un rango costituzionale privilegiato a taluni statuti di organizzazioni rispetto ad altri.

Ciò premesso, possono essere individuati sia degli ambiti di potenziale conflitto fra regole di diverse organizzazioni internazionali, sia degli ambiti conflittuali già sorti nella giurisprudenza nazionale. La questione riguarda soprattutto il conflitto rispetto alle fonti primarie e secondarie dell'UE, così come interpretate e applicate dalla Corte di giustizia, le quali, in sede di attuazione interna, possono appunto confliggere con le regole di altre organizzazioni.

[58] Cfr. la sentenza n. 20527, sesta sezione penale, in particolare par. 5.

[59] Per il rinvio pregiudiziale di natura interpretativa, come è noto, sussiste la facoltà o l'obbligo, se si tratta di giudice di ultima istanza, di rinviare la questione alla Corte di giustizia.

Fra le questioni attuali sopra prospettate possono citarsi le possibili situazioni conflittuali fra le regole dell'UE e le norme internazionali sull'immunità delle organizzazioni internazionali, applicate, in particolare all'Eurocontrol[60] e alle scuole europee, organizzazioni internazionali autonome, ma che presentano numerosi elementi di collegamento con l'ordinamento dell'UE[61]. È utile osservare che, in entrambi i casi, il conflitto può sorgere soprattutto in relazione all'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia che si siano pronunciate, seppure in via indiretta, sulla compatibilità fra le regole dell'UE e l'immunità dalla giurisdizione delle suddette organizzazioni.

In merito alla giurisprudenza della Corte di giustizia concernente l'Eurocontrol[62], va rilevato che la Corte afferma anzitutto che l'immunità dalla giurisdizione dell'Eurocontrol non costituisce un ostacolo all'esercizio della giurisdizione comunitaria, precisando che semmai la questione dell'immunità si pone a livello nazionale[63]. Ciò sembra in linea con la giurisprudenza consolidata della Corte in base alla quale è irrilevante lo *status* giuridico dell'ente ai fini dell'applicazione di certe regole comunitarie, risultando ininfluente la circostanza che, nei casi di specie, le norme comunitarie rilevanti in materia – in particolare quelle in tema di tutela della concorrenza – non siano state applicate all'Eurocontrol in quanto l'attività da essa svolta non è stata considerata di natura econo-

[60] Organizzazione europea per la sicurezza della navigazione aerea.

[61] Sui rapporti fra diritto dell'UE ed Eurocontrol, si veda P.M DE LEON, *The Relationship between Eurocontrol and the EC: Living Apart Together*, in *International Organizations Law Review*, 2007, p. 305 ss.

[62] Per l'analisi della giurisprudenza comunitaria in materia, si veda J. WURM, *Asking National Court to Correct Over-flight Charges of Eurocontrol*, in A. Reinisch (ed.), *Challenging Acts*, cit., p. 164 ss.

[63] Sent. 26 marzo 2009, C-113/70P, *SELEX Sistemi Integrati SpA* c. *Commissione delle Comunità europee e Organizzazione europea per la navigazione aerea (Eurocontrol)*, in cui la Corte, di fronte all'eccezione sollevata da Eurocontrol in tema di immunità dalla giurisdizione, afferma che "la questione se le norme del diritto comunitario possano essere invocate contro Eurocontrol attiene al merito della controversia e rimane irrilevante rispetto alla competenza della Corte": punto 62. La questione in esame è ampiamente analizzata anche nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Tesauro in relazione alla sent. 19 gennaio 1994, C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH*, in particolare punti 5-7, laddove si afferma che l'esclusione dell'applicazione delle regole comunitarie in materia di concorrenza non può derivare dal fatto che l'Eurocontrol sia un'organizzazione internazionale. L'Avvocato Generale motiva la propria posizione favorevole all'applicazione delle regole comunitarie all'Eurocontrol facendo anche riferimento agli sviluppi in tema di immunità delle organizzazioni internazionali, ritenendo ormai superata la tesi dell'immunità assoluta dalla giurisdizione delle organizzazioni in ragione "dell'esigenza di non privare gli individui della tutela di situazioni giuridiche soggettive eventualmente lese dall'attività delle organizzazioni internazionali": punto 6.

mica, ma espressione "di prerogative dei pubblici poteri"[64]. Ciò che preme sottolineare, in questa sede, è che la giurisprudenza appena citata della Corte di giustizia, pur riguardante questioni di applicazione del solo diritto dell'UE, potrebbe implicare un'esegesi restrittiva delle norme sulle immunità dell'Eurocontrol dalla giurisdizione nazionale. Di conseguenza, sul piano dell'esecuzione interna di tali decisioni, questo orientamento è suscettibile in prospettiva di creare conflitti fra l'obbligo di dare corretta esecuzione alle sentenze comunitarie e l'obbligo di rispettare le norme internazionali in tema di immunità delle organizzazioni internazionali.

Un'analoga impostazione può essere seguita con riguardo al possibile conflitto fra le regole dell'UE e il regime internazionale in materia di immunità dalla giurisdizione delle scuole europee. In proposito, va premesso, per un verso, che la giurisprudenza di alcuni Paesi membri dell'UE (es. Belgio, Germania), a differenza di quella di altri Paesi membri (l'Italia), depone nel senso che le scuole europee siano vere e proprie organizzazioni internazionali[65], in linea con la giurisprudenza comunitaria di cui si dirà di seguito. Tali enti sono peraltro istituiti da strumenti giuridici che fanno parte integrante del diritto dell'UE, in quanto il loro statuto è contenuto in un «*inter se* EU agreement of a mixed character»[66]. Il collegamento con il diritto dell'UE pare ulteriormente confermato dal fatto che, a differenza del precedente statuto sulle scuole europee del 1957, la Convenzione attualmente vigente del 1994 ha come parte contraente autonoma rispetto agli Stati membri le *ex* Comunità europee[67].

L'appartenenza della nuova Convenzione istitutiva delle scuole europee al diritto dell'UE è recentemente sostenuta dall'Avvocato Generale Mengozzi nelle conclusioni presentate in relazione al rinvio pregiudiziale effettuato dal Bundesarbeitgericht, con riferimento alle controversie

[64] Corte di giustizia, sent. 26 marzo 2009 resa nel caso *SELEX Sistemi Integrati SpA*, cit., in particolare punto 82. In senso analogo, si vedano la sent. 14 ottobre 1976, Causa 29/76, *LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co. KG* c. *Eurocontrol*, in *Raccolta*, 1976, p. 1541 ss., in particolare punti 4-5, e sent. 19 gennaio 1994, C-364/92, *SAT Fluggesellschaftmb*H c. *Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne*, *ivi*, 1994, p. I-55 ss., in particolare punto 30.

[65] Sulla giurisprudenza nazionale dei vari Paesi dove hanno sede le scuole europee, si veda K. SCHMALENBACH, *Challenging Decisions of the European Schools Before National Courts*, in A. REINISCH (ed.), *Challenging Acts*, cit., pp. 184-186.

[66] K. SCHMALENBACH, *Challenging Decisions of the European Schools*, cit., p. 196.

[67] Si veda GUCE, L 212, del 17 agosto 1994, p. 3 ss. Sul collegamento fra le scuole europee e l'UE si veda J. GRUBER, *European Schools: A Subject of International Law Integrated into the European Union*, in *International Organization Law Review*, 2011, p. 175 ss.

nazionali sorte fra la scuole europea di Monaco e due suoi docenti a orario ridotto[68]. L'Avvocato Generale si sofferma anzitutto sull'interpretazione della Convenzione del 1994 e sulla ripartizione ivi contenuta della competenza giurisdizionale a dirimere le controversie di lavoro fra giudice nazionale e Camera di ricorso istituita nel quadro delle scuole europee, affermando che tale ripartizione implica l'esclusione di un'immunità assoluta dalla giurisdizione di tali enti[69], i quali sono considerati organizzazioni internazionali autonome[70], secondo quanto già affermato dalla Corte in una precedente sentenza[71]. Di particolare interesse risulta, ai nostri fini, l'argomentazione secondo cui la giurisdizione nazionale dello Stato di sede della scuola europea in questione, con riguardo specifico alle controversie di lavoro in tema di assunzione e licenziamento dei docenti a orario ridotto, va affermata in ragione delle limitazioni al diritto di agire in giudizio e al diritto a una tutela effettiva di natura sostanziale dei lavoratori davanti alla Camera di ricorso sopra indicata[72]. Se le conclusioni dell'Avvocato Generale venissero accolte dalla Corte, ne conseguirebbe una lettura restrittiva delle norme internazionali sulle immunità delle organizzazioni internazionali sulla base di considerazioni che trovano fondamento tanto, come si è detto, nel diritto dell'UE quanto in alcune tendenze della giurisprudenza interna e internazionale, valorizzate dallo stesso Avvocato Generale e finalizzate a coniugare il regime sulle immunità delle organizzazioni con le norme in tema di tutela dei diritti umani[73]. La Corte di giustizia, nella sentenza dell'11 marzo 2015, relativa ai casi appena citati, pur confermando l'appartenenza al diritto dell'UE dell'accordo contenente lo statuto delle scuole europee e che queste ultime costituiscono un'organizzazione internazionale che, nonostante i legami funzionali che intrattiene con l'Unione, resta formalmente distinta da quest'ultima e dai suoi Stati membri, non approfondisce la questione del rapporto fra diritto dell'UE e immunità dei suddetti enti (si vedano i paragrafi 29-33 della sentenza).

[68] Si vedano le conclusioni del 4 settembre 2014 nelle cause riunite C-464/13 e C-465/15, rispettivamente nei casi *Oberto* e *O'Leary*, punto 12.

[69] *Ivi*, punto 43.

[70] *Ivi*, punto 58.

[71] Corte di giustizia, sent. 14 giugno 2011, C-196/09, *Miles*, punto 42.

[72] *Ivi*, punti 59-67. L'Avvocato Generale si spinge ad osservare che la necessità di un controllo giurisdizionale da parte dei giudici interni debba sussistere fino alla modifica del regime in tema di tutela giurisdizionale previsto nella Convenzione del 1994, nel senso di autorizzare la Camera di ricorso a rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia: punto 64.

[73] *Ivi*, punto 63 e note 31-32.

11. Segue. *Conflitto fra regole dell'UE e regole dell'OMC*

L'analisi della giurisprudenza interna concernente il conflitto fra regole dell'UE e regole dell'Organizzazione mondiale del commercio richiede un pur rapido esame della giurisprudenza comunitaria rilevante in materia.

Al riguardo, è noto che, per le materie disciplinate dall'OMC e oggetto di competenze esclusive o concorrenti dell'UE da essa già esercitate, la Corte di giustizia afferma che gli Stati membri sono obbligati a non attribuire, all'interno dei propri ordinamenti, efficacia diretta alle norme dell'OMC[74], in linea con la posizione generale assunta dalla stessa Corte secondo cui le regole dell'OMC non possono costituire parametro di legittimità degli atti dell'UE, salvo che quest'ultima abbia specificamente dato esecuzione nel proprio ordinamento a un obbligo assunto in sede OMC, o che un atto dell'UE faccia espresso riferimento a obblighi assunti nel quadro dell'OMC. In proposito, va peraltro precisato che l'ambito delle competenze concorrenti sinora riservate agli Stati membri dell'UE va riducendosi, come dimostrato dal fatto che la Corte di giustizia ha statuito che le competenze dell'UE in materia di applicazione dell'Accordo TRIPS sono divenute di natura esclusiva, alla luce delle modifiche intervenute con il Trattato di Lisbona, con particolare riguardo all'art. 207, par. 1, TFUE, che estende l'ambito di applicazione della politica commerciale comune dell'UE agli aspetti commerciali della proprietà intellettuale[75].

Per quanto concerne invece le materie disciplinate dall'OMC e oggetto di competenze concorrenti non ancora esercitate dall'UE, e quindi temporaneamente riservate agli Stati membri, questi ultimi, secondo la Corte di giustizia, hanno facoltà di attribuire efficacia diretta alle regole OMC[76], ciò presumibilmente sul presupposto che, in tali circostanze, qualora gli Stati adottino posizioni di natura diversa si esporrebbero a

[74] Sent. 14 dicembre 2000, C-300/98 e C-392/98, *Dior e altri*, punti 44 e 47; sent. 11 settembre 2007, C-431/05, *Merck Genéricos – Produtos Farmacêuticos Ld[a] c. Merck & Co. Inc. e Merck Sharp &Dohme Ld[a]*, in *Raccolta*, 2007-I, p. 7036, punto 35.

[75] Corte di giustizia, sent. 18 luglio 2013, C-414/11, punto 61, con specifico riguardo all'art. 27 dell'Accordo TRIPS, relativo all'oggetto del brevetto, ma con affermazioni di carattere generale che sembrerebbero estendersi all'intero contenuto dell'Accordo in questione.

[76] Corte di giustizia, sent. 11 settembre 2007, *Merck Genéricos*, cit., punti 34 e 47, in relazione al già citato art. 33 dell'Accordo TRIPS. Sul punto v. anche la sentenza *Dior*, cit., punto 48.

violazioni delle regole dell'OMC non giustificabili in base all'obbligo di esecuzione di regole dell'UE[77].

Ciò premesso in relazione alla giurisprudenza comunitaria rilevante in tema di natura e applicazione delle regole dell'OMC nell'ordinamento dell'UE, occorre adesso analizzare la giurisprudenza nazionale. Essa, in alcuni casi, analizza in modo accurato le fattispecie concernenti la questione della titolarità delle competenze concorrenti non ancora esercitate dall'UE, valutando inoltre il contenuto delle singole norme OMC che vengono in rilievo, al fine di attribuirvi o meno efficacia diretta a livello nazionale[78].

In altri casi, invece, la giurisprudenza nazionale sembrerebbe attestarsi su posizioni pregiudiziali contrarie all'efficacia diretta delle norme OMC negli ordinamenti interni, utilizzando in modo pretestuoso la posizione assunta dalla Corte di giustizia circa la natura delle regole OMC nell'ordinamento dell'UE.

In questo senso può leggersi, nella giurisprudenza austriaca, la sentenza del 25 giugno 2002 resa dal Verwaltungsgerichthof[79], in tema di conflitto fra le regole dell'UE in materia di organizzazione comune dei mercati agricoli e alcuni principi fondamentali dell'OMC. Nella suddetta decisione, il Tribunale fa ricorso alla giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia per escludere l'efficacia diretta delle norme dell'OMC e al fine specifico di continuare ad applicare legislazioni nazionali palesemente in contrasto con tale regime, nella piena consapevolezza di tale contrasto, che, secondo il Tribunale, può dare luogo soltanto all'attivazione del sistema di soluzione delle controversie nell'ambito del-

[77] Va osservato che gli organi di soluzione delle controversie previsti nel quadro dell'OMC hanno sinora accettato la tesi sostenuta dall'UE, in base alla quale, in sede di esecuzione a livello nazionale delle norme dell'UE, le autorità interne agiscono di fatto quali organi dell'UE. In materia si vedano, ad esempio, il rapporto del *Panel* del 15 marzo 2005 nel caso *Protection of Trademarks and Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs*, *Stati Uniti d'America* c. *Comunità europee*, par. 7.725 (WT/DS174/R) e il rapporto del *Panel* del 16 giugno 2006, *Selected Customs Matters*, *Stati Uniti d'America* c. *Comunità europee*, paragrafi 4.228-4.229 (WT/DS315/R).

[78] Così, in relazione agli articoli 1 e 10 dell'Accordo TRIPS, relativi rispettivamente alla natura e all'ambito generali degli obblighi stabiliti nell'Accordo e ai programmi per elaboratore e compilazione di dati, si veda Cassazione belga, sent. 11 maggio 2001, *Art Research & Contact naamloze vennootschap v. BS*, che esclude, nel caso di specie, l'efficacia diretta della norma internazionale in questione (paragrafi 30-31). In merito agli articoli 1 e 33 dell'Accordo TRIPS, quest'ultimo relativo alla durata del brevetto, si veda Corte amministrativa suprema polacca, sent. 8 febbraio 2006, *Patent Office of the Republic of Poland v. BC Plc*, paragrafi 29-30, che invece afferma la diretta applicabilità e l'efficacia diretta di tali norme. Il testo delle sentenze è consultabile sul sito http://opil.ouplaw.com.

[79] Si veda il caso *M-GmbH* c. *Federal Minister of Agriculture and Forestry*.

l'OMC[80]. Tali affermazioni hanno carattere generale e non distinguono fra competenze esclusive o concorrenti dell'UE in materie disciplinate dall'OMC, tanto meno fra competenze concorrenti dell'UE da essa già esercitate e competenze concorrenti riservate per ora agli Stati membri[81].

Quanto appena rilevato evidenzia il fatto che il diritto UE viene talora utilizzato dai tribunali interni, *al di fuori del suo attuale ambito di applicazione* (con riferimento a fattispecie oggetto di competenza concorrente degli Stati membri) e per mantenere in vigore legislazioni in contrasto con il regime previsto dall'OMC. È altrettanto evidente come questo orientamento dei tribunali interni, limitatamente alle competenze concorrenti non ancora esercitate dall'UE, non possa esentare lo Stato membro dell'OMC dall'accertamento della responsabilità internazionale per violazione delle regole dell'OMC ad opera degli organi di soluzione delle controversie istituiti da tale organizzazione. Per le altre tipologie di competenze, è invece l'UE a doverne rispondere davanti agli organi dell'OMC.

La questione in esame è stata altresì affrontata nella giurisprudenza italiana. Con sentenza 9 agosto 2011, il Consiglio di Stato esclude l'efficacia diretta delle regole dell'OMC in un'ipotesi di asserito contrasto con regole dell'UE, concernenti in particolare il regime comunitario del mercato delle banane, in conformità alla richiamata posizione assunta in materia dalla Corte di giustizia[82]. Il fondamento delle argomentazioni utilizzate dal Consiglio di Stato viene rinvenuto sia nel diritto dell'UE, sia nella natura internazionale degli accordi OMC, con l'effetto che la loro violazione, secondo il collegio giudicante, può dare luogo solo a una responsabilità internazionale dell'UE e degli Stati membri di fronte agli organi di soluzione delle controversie dell'OMC, responsabilità già accertata da tali organi e che l'organo giudicante dà prova di conoscere[83]. Anche il Consiglio di Stato, nella decisione in esame, non distingue af-

[80] Par. 2.2.2 della sentenza.

[81] Un approccio analogo è seguito dalla giurisprudenza francese. Si veda, ad esempio, Consiglio di Stato, sent. 9 luglio 2007, n. 297711, *Syndicat EGF-BTP e altri*, in cui si esclude di poter valutare la conformità dell'art. 23 della Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/17/CE del 31 marzo 2004 in tema di procedure di alcuni appalti rispetto al contenuto dell'Accordo sui mercati pubblici concluso nel quadro dell'OMC, invocando appunto la giurisprudenza della Corte di giustizia sopra citata, in *Revue générale de droit international public*, 2007, p. 980 ss.

[82] Par. 7.4 della sent. n. 4723, *Di Lenardo Adriano srl e Dilexport srl c. Ministero dello sviluppo economico*. Sulla sentenza v. la nota di D. AMOROSO, in *Italian Yearbook of International Law*, 2011, p. 382 ss.

[83] Le pertinenti decisioni di tali organi sono infatti citate nel par. 7.4 della sentenza in esame.

fatto fra competenze esclusive e concorrenti dell'UE e degli Stati membri.

Inoltre, il giudice amministrativo italiano esclude la possibilità di sottoporre questioni di costituzionalità, in relazione ai diversi profili di illegittimità costituzionale proposti dai ricorrenti[84]. Su tale questione, il collegio non approfondisce il problema del possibile contrasto fra regole di organizzazioni internazionali egualmente protette a livello costituzionale, secondo quanto da noi prospettato in precedenza[85], limitandosi ad escludere l'applicazione della teoria dei controlimiti, nella sola ottica, peraltro, del rispetto dei diritti umani previsti e tutelati dai principi fondamentali della Costituzione[86], mentre, nel caso di specie, poteva anche prospettarsi l'ipotesi dell'applicazione di controlimiti di origine comunitaria, recepibili *ex* articoli 11 e 117 Cost., laddove essi integrino il contenuto delle norme costituzionali che rappresentano l'unico parametro giuridico in base al quale la Consulta è tenuta a giudicare. Va ulteriormente precisato che, anche escludendo l'efficacia diretta di alcune regole appartenenti al sistema dell'OMC, il contrasto nel nostro ordinamento fra norme costituzionali applicabili agli statuti e agli atti di diverse organizzazioni internazionali potrebbe egualmente essere posto, come dimostrato dal fatto che, in relazione al diritto dell'UE, il controllo di costituzionalità sul diritto interno opera anche in relazione alla violazione di norme dell'UE non direttamente applicabili nel nostro ordinamento.

12. Segue. *Conflitto fra regole dell'UE e regole dell'ONU*

Fra le ulteriori ipotesi di conflitto, nella giurisprudenza interna, fra regole di diverse organizzazioni internazionali[87] va citata la questione del contrasto fra regole dell'ONU, in particolare risoluzioni vincolanti del Consiglio di sicurezza, e principi o regole dell'UE. Questo conflitto può essere "endogeno", cioè provenire da situazioni giuridiche formatesi nel quadro dell'ordinamento nazionale, laddove ad esempio il giudice interno si trovi a dover risolvere una situazione di contrasto fra le anzidette

[84] Su tali profili e sui rispettivi fondamenti costituzionali, si vedano i paragrafi 3 e 7 della sentenza.

[85] V. *supra*, paragrafi 3 e 9.

[86] V. i paragrafi 7.3-7.4 della sentenza.

[87] In tema di conflitto fra la giurisprudenza di corti istituite da organizzazioni internazionali, fra cui la Corte di giustizia dell'UE, e la giurisprudenza di tribunali internazionali, in diversi settori normativi, si veda A. DEL VECCHIO, *I Tribunali internazionali tra globalizzazione e localismi*, Bari, 2009, p. 278 ss.

regole giuridiche, oppure "esogeno" ed essere ad esempio causato dall'obbligo di dare esecuzione o di conformarsi a sentenze del Tribunale o della Corte di giustizia dell'UE, quest'ultima anche in sede di rinvio pregiudiziale.

Non è possibile, nel quadro del nostro lavoro, dare pur minimamente conto della giurisprudenza comunitaria rilevante in materia, per la quale basti fare riferimento alla "saga" relativa ai noti casi *Kadi*[88]. Va precisato che parte di siffatta giurisprudenza della Corte di giustizia è successiva all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, smentendo in tal modo i timori avanzati da alcuni autori secondo cui i numerosi e piuttosto ridondanti riferimenti alla Carta dell'ONU e alle funzioni del Consiglio di sicurezza potessero implicare, in qualche misura, la cedevolezza dei principi comunitari contrastanti con le regole dell'ONU. Se è vero che, nelle fattispecie in questione, opera il limite dell'ambito di applicazione del diritto dell'UE, è altrettanto vero che questo limite non sembra tale da ridurre in modo significativo l'insorgenza di conflitti fra regole dell'ONU e dell'UE a livello nazionale, tenendo anche conto del fatto che numerosi diritti individuali contemplati a livello di UE sono altresì protetti a livello nazionale, spesso nell'ambito di norme di natura primaria. Inoltre, come si è detto[89], in alcuni ordinamenti nazionali, il contenuto materiale dei controlimiti interni è arricchito da valori esterni agli ordinamenti nazionali, siano essi di origine internazionale o, appunto, di matrice comunitaria.

A quanto appena rilevato in relazione alla giurisprudenza comunitaria, va aggiunto che la Corte di giustizia, per rafforzare le sue affermazioni concernenti l'inderogabilità di alcuni principi fondamentali dell'UE nonché, più specificamente, in sede di valutazione critica dei meccanismi di protezione previsti dal Consiglio di sicurezza a favore degli individui oggetto di sanzioni "intelligenti", richiama la giurisprudenza "parallela" e già citata della Corte europea dei diritti dell'uomo, come avvenuto nella sentenza del 18 luglio 2013 relativa al caso *Kadi II* in merito al riferimento effettuato al caso *Nada* deciso dalla Corte di Strasburgo[90]. Questo richiamo, ai nostri effetti, ha due conseguenze. In primo

[88] Per un commento all'ultimo caso, ma con riferimenti ai precedenti, si vedano, fra gli altri, A. TZANAKOPOULOS, *Kadi Showdown: Substantive Review of (UN) Sanctions by the ECJ*, in ejiltalk.org; A. GIANELLI, *Exit* Kadi, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, 1244 ss.; L. GRADONI, *Raccontare* Kadi *dopo* Kadi II: *perché la Corte di giustizia dell'Unione europea non transige sul rispetto dei diritti umani nella lotta al terrorismo*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2013, p. 587 ss.

[89] V. *supra*, par. 5.

[90] Corte di giustizia, cause riunite C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, *Kadi*, punto 133.

luogo, dimostra un significativo effetto "sinergico" delle due maggiori giurisprudenze europee finalizzato a rafforzare il livello complessivo di tutela dei diritti umani, nel segno di una ormai evidente "circolarità" dei valori e dei principi a protezione della persona umana, i quali vengono utilizzati nei diversi ordinamenti – nazionali, internazionale e comunitario – offuscando progressivamente l'origine normativa di tali valori e principi. In secondo luogo, questo richiamo dimostra il potenziale aumento delle situazioni conflittuali qui esaminate in quanto esse non sono statiche, ma dinamiche, nel senso che possono accrescersi in relazione all'evoluzione dei valori giuridici sottostanti ai principi e alle regole che presiedono al loro rispetto.

Venendo alle ricadute specifiche della giurisprudenza comunitaria a livello nazionale, è opportuno premettere, con riguardo all'ordinamento italiano, che la conformità all'orientamento ormai consolidato della Corte di giustizia in tema di prevalenza di alcuni principi essenziali dell'UE rispetto alle regole dell'ONU può sollevare conflitti sia fra *diverse norme costituzionali* (articoli 11 e 117 Cost.), sia in merito alla *medesima norma costituzionale* (art. 11 Cost.), la quale si applica, come è noto, tanto all'ONU quanto all'UE.

In merito alla giurisprudenza nazionale rilevante nelle situazioni conflittuali qui prese in esame, va richiamata, nella giurisprudenza del Regno Unito, la già citata sentenza della Corte suprema del 27 gennaio 2010 nel caso *Ahmed*, in cui vi sono numerosi riferimenti alla sentenza della Corte di giustizia nel caso *Kadi I*[91] al fine di rafforzare la tesi della inderogabilità di principi e valori essenziali del sistema giuridico del Regno Unito. In questo modo, il riferimento al diritto dell'UE e alla giurisprudenza della Corte di giustizia serve per rafforzare e integrare il contenuto dei controlimiti interni rispetto all'applicazione di risoluzioni del Consiglio di sicurezza ritenute lesive di alcuni diritti umani protetti a livello interno e comunitario[92].

In senso analogo depone, nella giurisprudenza dei Paesi Bassi, la sentenza della Corte suprema del 14 dicembre 2012, in materia di attuazione interna della risoluzione del Consiglio di sicurezza del 23 dicembre 2006, n. 1737, sulla non proliferazione delle armi nucleari in Iran, nella quale si richiamano sia la citata sentenza della Corte europea dei

[91] Corte di giustizia, sent. 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e 415/05 P.

[92] Si vedano in particolare l'opinione di Lord Hope, paragrafi 66-68, che fa riferimento anche alle conclusioni generali dell'Avvocato generale Poiares Maduro (par. 67); l'opinione di Lord Phillips, paragrafi 100-106, l'opinione di Lord Brown, par. 203 e quella di Lord Mance, paragrafi 242 e 246. Sul punto, si veda A. GIANELLI, *Exit* Kadi, cit., p. 1248.

diritti dell'uomo nel caso *Nada*, sia diversi atti dell'UE – regolamenti comunitari e posizioni comuni in ambito PESC – al fine di dimostrare l'assenza di un adeguato bilanciamento, nella legislazione nazionale di attuazione della risoluzione in questione (a differenza di quanto riscontrabile, secondo la Corte, negli atti dell'UE adottati in conformità alla risoluzione 1737/2006), fra il diritto individuale a non essere discriminato in base alla nazionalità e l'obbligo di attuare a livello interno le risoluzioni del Consiglio di sicurezza[93].

Parte terza:
coordinamento e conflitto, nella giurisprudenza nazionale, fra norme internazionali e regole di organizzazioni internazionali sulla base dell'esecuzione o dell'adeguamento a pronunce di corti internazionali

13. *Conflitto fra obbligo di esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo e regole dell'ONU*

Nei paragrafi precedenti si è affrontata la questione del coordinamento e del conflitto fra regole di organizzazioni internazionali nella giurisprudenza interna, con particolare riferimento alle regole dell'UE, anche alla luce dell'obbligo di esecuzione o di adeguamento a sentenze della Corte di giustizia dell'UE, contrapposte a quelle di altre organizzazioni[94]. Occorre adesso soffermarsi più specificamente sulle ipotesi di coordinamento e soprattutto di conflitto, sempre nel quadro della giurisprudenza interna, fra norme internazionali e regole di organizzazioni in base all'esigenza di conformarsi a decisioni di corti internazionali.

Va premesso che l'obbligo di esecuzione o di adeguamento alle decisioni di tribunali internazionali può trovare fondamento, nell'ordinamento interno, in norme di diritto primario che garantiscono un rango privilegiato ai trattati o agli statuti delle organizzazioni considerate. Del resto, le decisioni dei tribunali istituiti nel quadro di organizzazioni internazionali hanno spesso ad oggetto l'interpretazione e l'applicazione

[93] Si veda il caso *Netherlands v. A and Others*, paragrafi 3.7.4-3.7.6 della sentenza. Il testo è consultabile sul sito http://opil.ouplaw.com.

[94] V. *supra*, paragrafi 10-12.

delle norme degli statuti. In questo senso, depone, ad esempio, la sentenza del 30 maggio 2008 adottata dalla Corte costituzionale dell'Uganda nel caso *Oulanyah*, con la quale si annulla la legislazione interna concernente la designazione dei membri del Parlamento dell'Uganda incaricati di far parte dell'Assemblea legislativa dell'*East African Community* (EAC), in quanto ritenuta non conforme all'art. 50 dello statuto dell'EAC, così come interpretato nella sentenza della Corte di giustizia dell'Organizzazione del 30 marzo 2007 nel caso *Anyang' Nyong'o and Others v. Attorney General of Kenya and Others*[95].

Passando ad esaminare la giurisprudenza nazionale rilevante in materia, vanno anzitutto prese in esame le decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo nelle quali viene accertata la violazione di numerose norme della CEDU a seguito dell'applicazione, nell'ordinamento interno dello Stato membro dell'ONU e parte della CEDU, di risoluzioni del Consiglio di sicurezza in materia di sanzioni selettive nei confronti di persone fisiche o giuridiche accusate di coinvolgimento in attività terroristiche, tema di cui si è più volte detto nel corso del lavoro. Fra queste decisioni, possono richiamarsi le citate sentenze adottate nel caso *Nada* del 2012 e nel caso *Al-Dulimi* del 2013[96]. Questa giurisprudenza internazionale rileva ai nostri fini in quanto potrebbe indurre sia lo Stato convenuto (la Svizzera), in sede di esecuzione di tali decisioni, sia altri Paesi parti della CEDU in sede di adeguamento ai suddetti orientamenti della Corte europea, a modificare la propria giurisprudenza in senso conforme a quanto stabilito dalla Corte di Strasburgo. Questo *revirement* della giurisprudenza interna non è tuttavia scontato, se si considera che esso implicherebbe una violazione dell'obbligo da parte degli Stati membri dell'ONU di eseguire le risoluzioni obbligatorie del Consiglio di sicurezza *ex* art. 25 della Carta dell'ONU nonché dell'obbligo di garantirne la prevalenza, anche sul piano dell'ordinamento nazionale, *ex* art. 103 della Carta stessa.

Sotto un profilo più generale, va precisato che il problema dell'esecuzione o dell'adeguamento a sentenze di corti internazionali si pone in modo ancora più complesso laddove le corti in questione effet-

[95] Si veda il caso *Oulanyah v. Attorney General of Uganda*, in particolare il par. 31 dell'opinione di A.E.N. Mpagi-Bahigeine, JA. Il testo della sentenza della Corte costituzionale è consultabile sul sito http://opil.ouplaw.com. La sentenza della Corte di giustizia dell'EAC sopra citata è la n. 1/2006.

[96] In questa seconda sentenza, la Corte ha condannato la Svizzera per violazione dell'art. 6, par. 1, della CEDU in relazione all'attuazione nell'ordinamento interno di una risoluzione del Consiglio di sicurezza, la quale, a differenza delle risoluzioni oggetto della sentenza resa nel caso *Nada*, non riconoscevano alcun margine di apprezzamento agli Stati in sede di esecuzione a livello nazionale. Su questo problema v. anche *supra*, par. 8.

tuino interpretazioni estensive o restrittive degli atti delle organizzazioni internazionali rilevanti nei casi di specie[97]. Con riferimento ancora una volta alle risoluzioni obbligatorie del Consiglio di sicurezza, può citarsi la sentenza del 7 luglio 2011 resa dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Al-Jedda* c. *Regno Unito*, in relazione all'esegesi della risoluzione del Consiglio di sicurezza dell'8 giugno 2004, n. 1546, la quale assegna determinate funzioni alla forza multinazionale dispiegata in Iraq e istituita in base alla precedente risoluzione del 16 ottobre 2003, n. 1511. Nella sentenza in questione la Corte, procedendo ad un'interpretazione di carattere restrittivo del testo della risoluzione, esclude che gli Stati membri dell'ONU siano obbligati a detenere – senza alcuna accusa né limiti di natura temporale – individui considerati pericolosi per la sicurezza in Iraq[98], facendo riferimento al criterio ermeneutico della presunzione di conformità della risoluzione agli obblighi degli Stati in tema di tutela internazionale dei diritti umani ed escludendo quindi un contrasto fra la risoluzione in esame e la CEDU[99].

A conferma dell'attualità delle ipotesi di contrasto qui prese in esame, può richiamarsi, nella giurisprudenza olandese, la già citata sentenza della Corte suprema del 14 dicembre 2012, la quale, in tema di analisi della legittimità della legislazione nazionale di attuazione della risoluzione 1373/2006 del Consiglio di sicurezza, fa esplicito riferimento alla sentenza resa nel caso *Nada* dalla Corte europea dei diritti dell'uomo al fine di valutare, in particolare, la correttezza dell'operazione di bilanciamento fra le esigenze di protezione dei diritti individuali e l'obbligo dello Stato di recepire le risoluzioni del Consiglio di sicurezza. Questo riferimento è particolarmente rilevante in quanto proviene da giudici di uno Stato diverso da quello convenuto davanti alla Corte europea, dimostrando come sia il problema dell'esecuzione di sentenze di corti internazionali da parte dello Stato condannato, sia il problema dell'adeguamento a tali decisioni ad opera di Stati diversi è tutt'altro che di natura teorica.

Un conflitto di analoga attualità e importanza fra sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e regole di organizzazioni internazionali può prospettarsi in sede di esecuzione o di adeguamento, da parte dei giudici nazionali, a decisioni concernenti la non contrarietà alla CEDU delle decisioni interne di riconoscimento delle immunità di organizzazioni internazionali, anche laddove sembrerebbe riscontrabile un eviden-

[97] Su tale questione, v. le osservazioni contenute nel par. 2 del nostro lavoro.
[98] Par. 109 della sentenza.
[99] Par. 102 della sentenza.

te pregiudizio per il diritto di accesso alla giustizia, previsto dall'art. 6 della CEDU[100], oltre che da altre norme internazionali sui diritti umani. Il conflitto in esame diviene ancora più radicale se si considera la recente giurisprudenza della Corte europea che considera legittimi, sul piano della CEDU, gli orientamenti dei giudici nazionali, i quali, in sostanza, garantiscono un'immunità assoluta dalla giurisdizione nazionale ad alcune organizzazioni internazionali, in particolare all'ONU, nonostante che gli illeciti attribuiti siano di particolare gravità[101]. Va rilevato che questioni delicate in materia di risoluzione dei conflitti sopra delineati si pongono, a nostro avviso, per il giudice nazionale sia quando le corti interne vogliano adeguarsi alla giurisprudenza della Corte europea che accoglie soluzioni rispettose delle regole internazionali in materia di immunità delle organizzazioni internazionali, ma che implicano un pregiudizio alla tutela effettiva di alcuni diritti umani, sia quando esse intendano agire in modo opposto, discostandosi da tali orientamenti e così disconoscendo, sulla base di norme interne o internazionali in tema di protezione dei diritti umani, l'immunità alle suddette organizzazioni.

Se si considerano i conflitti appena citati nell'ottica dell'ordinamento italiano, la questione va impostata tenendo conto del rango delle norme internazionali confliggenti che vengono in rilievo e, laddove vi sia un'analoga copertura costituzionale per le varie fonti internazionali rilevanti, si pone un problema di conflitto fra regole costituzionali *inter se*. Pertanto, in tema di adeguamento agli orientamenti seguiti dalla Corte europea nei casi *Nada* e *Al-Dulimi*, si pone la questione del contrasto fra l'art. 11 Cost., in relazione al rango delle norme contenute nella Carta dell'ONU e di quelle previste nelle risoluzioni vincolanti del Consiglio di sicurezza, rispetto all'art. 117, primo comma, Cost., applicabile alla CEDU, sebbene è noto che, per la CEDU, la Corte costituzionale abbia affermato l'esistenza del rango di fonte interposta fra legge ordinaria e Costituzione. Diversamente, in relazione ai casi di immunità delle orga-

[100] Si vedano le sentenze "gemelle" della Corte europea del 18 febbraio 1999 nei casi *Waite e Kennedy* c. *Germania* e *Beer e Regan* c. *Germania*, in materia di ricorso al criterio della protezione equivalente del diritto di accesso alla giustizia. Su queste sentenze, si veda P. PUSTORINO, *Immunità giurisdizionale delle organizzazioni internazionali e tutela dei diritti fondamentali: i casi* Waite et Kennedy *e* Beer et Regan, in *Rivista di diritto internazionale*, 2000, p. 132 ss.

[101] Si veda la decisione della Corte europea dell'11 giugno 2013, *Associazione Madri di Srebenica c. Paesi Bassi*, nella quale si esclude persino il ricorso al criterio della protezione equivalente del diritto di accesso alla giustizia. Su di essa e per l'analisi della giurisprudenza olandese rilevante al riguardo, si veda F. ANDREOLI, *Immunità delle Nazioni Unite e protezione equivalente: l'affare* Associazione Madri di Srebenica, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 443 ss.

nizzazioni internazionali, appare possibile il contrasto con l'art. 24 Cost., in tema di diritto di accesso alla giustizia, laddove soprattutto non vi sia possibilità di proteggere in modo equivalente ed effettivo tale diritto in un'ottica di bilanciamento di valori giuridici contrapposti ed egualmente protetti a livello costituzionale. Non è quindi affatto da escludere che la Corte costituzionale applichi, nelle fattispecie in esame e soprattutto nei casi di riconoscimento dell'immunità assoluta a organizzazioni accusate di avere commesso crimini internazionali, la teoria dei controlimiti, in senso analogo a quanto di recente affermato in merito all'applicazione interna della norma consuetudinaria sull'immunità dello Stato estero dalla giurisdizione italiana, così come interpretata dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 3 febbraio 2012, nel caso della *Immunità giurisdizionale dello Stato* (*Germania c. Italia*)[102].

14. *Esecuzione o adeguamento a sentenze di altri tribunali internazionali e conflitto con il regime in tema di diritti umani. Il caso dei Tribunali* ad hoc *per l'*ex *Iugoslavia e per il Ruanda e della Corte penale internazionale*

Ulteriori problemi in materia di esecuzione o adeguamento a sentenze di corti internazionali possono sorgere in relazione alle decisioni dei tribunali penali internazionali, in particolare i Tribunali *ad hoc* per l'*ex* Iugoslavia e per il Ruanda e la Corte penale internazionale.

Con riferimento alla natura dei Tribunali *ad hoc*, va premesso che essi sono da qualificare come organi dell'ONU, in particolare quali organi sussidiari del Consiglio di sicurezza, istituiti *ex* art. 41 della Carta dell'ONU, in base a quanto affermato nella giurisprudenza di tali Tribunali[103] e in dottrina[104]. La giurisprudenza nazionale ha già avuto modo di soffermarsi sull'ipotesi del contrasto, in particolare, fra il regime inter-

[102] Corte cost., sent. 22 ottobre 2014, n. 238, cit., in particolare paragrafi 3-5 del *Considerato in diritto*.

[103] Ad esempio, secondo il Tribunale *ad hoc* per l'*ex* Iugoslavia, *Decision on the Defence Motion on Jurisdiction*, 10 agosto 1995, *Prosecutor v. Dusko Tadic A/K/A "Dule"* «[i]f the General Assembly has the authority to create a subsidiary judicial body, then surely the Security Council can create such a body in the exercise of its wide discretion to act under Chapter VII»: par. 35.

[104] In questo senso, G. ACQUAVIVA, *Human Rights Violations before International Tribunals: Reflections on Responsibility of International Organizations*, in *Leiden Journal of International Law*, 2007, pp. 615-617; J. D'ASPREMONT, C. BRÖLMANN, *Challenging International Criminal Tribunals Before Domestic Courts*, in A. Reinisch (ed.), *Challenging Acts*, cit., p. 112.

nazionale sui diritti umani e l'obbligo di rispettare gli statuti e le decisioni dei due Tribunali. Al riguardo, può citarsi la sentenza del 31 agosto 2001 resa dalla Corte distrettuale dell'Aja nel caso *Milošević* c. *Paesi Bassi*, nella quale si fa riferimento alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo per valutare la conformità, rispetto all'art. 6, par. 1, della CEDU, del regime giuridico previsto dal Tribunale *ad hoc* per l'*ex* Iugoslavia in materia di tutela dei diritti di difesa degli individui accusati di crimini internazionali di fronte al Tribunale[105], concludendo che il procedimento giudiziario di fronte al Tribunale *ad hoc* risulta in linea con gli *standard* di protezione dei diritti dell'accusato, ivi compresi i requisiti generali di imparzialità e indipendenza dell'organo giurisdizionale[106]. Analoghe considerazioni sono svolte, nella giurisprudenza svizzera, con riferimento alle garanzie procedurali e sostanziali dell'individuo accusato di crimini internazionali di fronte al Tribunale *ad hoc* per il Ruanda[107].

Se analoghe questioni di conflitto fra norme internazionali in tema di protezione dei diritti umani e obbligo di esecuzione delle decisioni di un tribunale penale possono evidentemente prospettarsi con riguardo alle decisioni della Corte penale internazionale, una recente decisione di tale Corte mette in luce un ulteriore profilo di contrasto, riguardante in particolare obblighi derivanti da regole di altre organizzazioni internazionali. Si fa riferimento alla decisione del 9 aprile 2014 resa dalla *Pre-Trial Chamber II* della Corte penale nel caso *The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al-Bashir*, nella quale si accerta la prevalenza, *ex* art. 103 della Carta dell'ONU, della risoluzione del Consiglio di sicurezza del 31 marzo 2005, n. 1593, avente ad oggetto il deferimento alla Corte dei crimini commessi sul territorio del Sudan[108], rispetto alle decisioni assunte nel quadro dell'Unione africana in tema di immunità personale dei Capi di Stato e di governo in carica dei Paesi membri di questa Organizzazione[109]. Secondo la *Pre-Trial Chamber*, la risoluzione 1593/2005 è da in-

[105] Nella giurisprudenza della Corte europea citata nel caso *Milošević*, si veda la decisione 4 maggio 2000, *Naletilić* c. *Croazia*, ricorso n. 51891/99.

[106] Par. 3.4 della sentenza della Corte distrettuale.

[107] Tribunale federale, sent. 3 settembre 2001, *Rukundo v. Federal Office of Justice*, *Svizzera*, casi nn. 1A.129/2001 e 1A.130/2001. Per ulteriori riferimenti sia alla giurisprudenza nazionale rilevante in materia, sia alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si vedano D'ASPREMONT, C. BRÖLMANN, *Challenging International Criminal Tribunals*, cit., p. 113 ss.

[108] In relazione specificamente ai fatti avvenuti in Sudan a partire dal 1° luglio 2002.

[109] Si veda, in particolare, la decisione del 12 ottobre 2013, la quale esclude la possibilità che Capi di Stato o di governo in carica di Paesi membri dell'UA possano essere richiesti di partecipare a procedimenti di fronte a corti internazionali: v. i termini della

terpretare nel senso di avere «implicitly waived the immunities granted to Omar Al Bashir under international law and attached to his position as a Head of State»[110]. L'interpretazione estensiva, e a nostro avviso discutibile, della risoluzione citata nonché il ricorso all'art. 103 della Carta sembrerebbero avere la finalità di mettere fuori gioco gli obblighi internazionali confliggenti previsti nell'UA e di imporre quindi a Stati non parti dello statuto della Corte penale – nel caso di specie la Repubblica democratica del Congo – a cooperare con la Corte, arrestando e trasferendo ad essa il Presidente del Sudan[111]. Inoltre, come è stato osservato, questa interpretazione ha l'effetto di incidere in modo significativo sui poteri e sulle competenze spettanti alla Corte penale, la quale è essa stessa un'organizzazione internazionale, nei confronti degli Stati non parti dello statuto[112], i quali vengono, almeno parzialmente, assimilati a quelli esercitabili verso gli Stati parte.

15. *Conclusioni*

È adesso opportuno svolgere qualche breve considerazione finale. Esse vanno suddivise fra osservazioni concernenti gli ordinamenti nazionali e osservazioni relative all'ordinamento internazionale.

Sotto il profilo dei sistemi giuridici nazionali, appare anzitutto evidente l'esigenza di definire in modo più appropriato il rango e l'efficacia interna degli statuti e delle regole delle organizzazioni internazionali, senza limitarsi, come spesso avviene nelle costituzioni, a stabilire una disciplina soddisfacente solo per alcune organizzazioni, quali l'UE e l'ONU. Ciò implica la necessità di modifiche costituzionali significative, soprattutto per quanto concerne le costituzioni più datate in materia, come quella italiana.

Il secondo elemento che emerge dall'esame della giurisprudenza nazionale esaminata, sempre nell'ottica dell'analisi degli ordinamenti interni, è la particolare importanza assunta dalla teoria e dalla prassi giudi-

decisione dell'UA nel par. 19 della *Decision on the Cooperation of the Democratic Republic of Congo Regarding Omar Al-Bashir* nel caso *Situation in Darfur, Sudan, The Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir's Arrest and Surrender to the Court*.

[110] Par. 29 della decisione.

[111] Paragrafi 29-31 della decisione. Per un commento critico v. A. DE HOOGH, A. KNOTTNERUS, *ICC Issues New Decision on Al-Bashir's Immunities – But Gets the Law Wrong ... Again*, ejiltalk.org, 18 aprile 2014.

[112] La questione è approfondita in termini critici da P. GAETA, *Guest Post: The ICC Changes Its Mind on the Immunity from Arrest of President Al Bashir, But It Is Wrong Again*, in http://opiniojuris.org, 23 aprile 2014.

ziaria in tema di controlimiti. Sotto il profilo del contenuto materiale, da un lato i limiti in questione sembrano possedere un contenuto flessibile, adattabile alle circostanze del caso concreto e allo statuto dell'organizzazione preso in esame. Dall'altro lato, il contenuto materiale dei controlimiti accoglie, talora a livello normativo, talora soltanto nella sua applicazione giurisprudenziale, valori esterni a quelli dell'ordinamento di riferimento. Inoltre, sotto il profilo della loro rilevanza pratica, i controlimiti vengono applicati "a fisarmonica", cioè in modo inversamente proporzionale all'inosservanza di principi e valori fondamentali della comunità internazionale. In questo modo, i giudici nazionali assumono la funzione di "ultima trincea" per evitare l'applicazione di norme e pratiche lesive di valori supremi e irrinunciabili della comunità internazionale. In prospettiva, questo orientamento potrebbe condurre a un'attenuazione del principio generale dell'irrilevanza del diritto interno al fine di giustificare l'inadempimento di un obbligo internazionale, laddove i valori giuridici interni coincidano con quelli operanti a livello internazionale.

Con riferimento all'esame degli effetti sul piano dell'ordinamento internazionale, può rilevarsi un effetto sinergico e particolarmente efficace della giurisprudenza nazionale, internazionale e comunitaria finalizzato a proteggere i suddetti valori e principi fondamentali della comunità internazionale, con specifico riferimento alla tutela di diritti umani essenziali. Questo effetto si realizza sulla base di una cooperazione, talora spontanea, talora "forzata" (in ragione dell'obbligo di esecuzione o di adeguamento alle decisioni di giudici internazionali o comunitari) fra i livelli di tutela esistenti. La cooperazione in questione può essere a sua volta di natura "orizzontale", operando ad esempio fra corti internazionali e comunitarie, come dimostrato dal riferimento nella sentenza *Kadi II* della Corte di giustizia alla sentenza *Nada* della Corte europea, o di natura "verticale", esplicandosi in un coordinamento fra tribunali nazionali, da un lato, e corti internazionali o comunitarie dall'altro. Si badi che la cooperazione di carattere verticale non è affatto, come potrebbe pensarsi a prima vista, "a senso unico", cioè effettuata nella giurisprudenza nazionale a favore di sentenze internazionali, ma è reciproca, potendo ben riguardare soluzioni adottate dalle corti nazionali che anticipano soluzioni analoghe successivamente accolte a livello di giurisprudenza internazionale, come dimostrato dall'esame della giurisprudenza olandese che ha tracciato la strada di un più corretto bilanciamento fra esigenze di tutela dei diritti umani e di contrasto al terrorismo internazionale, orientamento fatto successivamente proprio dalla Corte europea nel caso *Nada*.

Quanto appena affermato consente di apprezzare la rilevanza generale della funzione giudiziaria esercitata a livello nazionale, da tempo segnalata in dottrina[113], ciò non soltanto per garantire l'applicazione del diritto internazionale a livello interno, ma anche al fine di preservare la tenuta complessiva e la coerenza dell'ordinamento internazionale, assicurando un adeguato bilanciamento fra valori egualmente fondamentali della comunità internazionale (es. tutela dei diritti umani e contrasto al terrorismo internazionale), così da reagire al contempo a una prassi seguita da alcuni Stati e da organizzazioni internazionali, e talora persino riscontrabile nelle decisioni di giudici internazionali o comunitari, che in alcune circostanze non è riuscita a realizzare siffatto necessario bilanciamento.

[113] B. CONFORTI, *Diritto internazionale*[10], Napoli, 2014, pp. 8-9, con osservazioni che costituiscono la precisazione di intuizioni contenute sin nella premessa alla prima edizione del manuale del 1976, riprodotta nell'ultima edizione, p. XII.

LA SPETTACOLARIZZAZIONE DELLA LOTTA ALLA FAME OVVERO L'IMPOTENZA DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI DI FRONTE ALLA SFIDA DELLA SICUREZZA ALIMENTARE MONDIALE

Lorenzo GRADONI*

SOMMARIO: 1. 1974. – 2. Danza macabra. – 3. Diritto internazionale contro la fame: storia breve di un'idea. – 4. La condizione attuale. – 5. I diritti dell'uomo in lotta contro la fame (*rêverie*). – 6. Un Obiettivo del Millennio ci sta raggiungendo.

1. *1974*

Sono nato in una piccola città di mare poco prima che una Conferenza mondiale sull'alimentazione, convocata dalle Nazioni Unite, pronunciasse la *Dichiarazione universale per l'eliminazione definitiva della fame e della malnutrizione*[1]. Ben presto sarei stato un bambino molto grasso. M'imboccava la nonna migrata dalla campagna. Se respingevo la sogliola cotta al vapore, evocava i bambini del Biafra. Un giorno me ne mostrò una foto. Avrei capito qualcosa di più molti anni dopo, leggendo un reportage di Goffredo Parise[2]. Nel 1984 ho scelto «La fame nel mondo» come tema della ricerca per ottenere la licenza elementare. Vedo i caratteri cubitali del titolo, grigi, orlati di nero, e sotto la fotografia di un bambino questa volta etiope, scheletrito, un'immagine fotocopiata da un quotidiano, ritagliata e incollata sulla copertina di quell'infantile *dossier*. Cos'è cambiato da allora? La risposta è duplice e apparentemente contradditoria: poco o nulla; molto, forse tutto.

È rimasto pressoché invariato il numero degli affamati. Tra il 1969 e

* Associato di Diritto internazionale, *Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna.

[1] *Déclaration universelle pour l'élimination définitive de la faim et de la malnutrition*, adottata il 16 novembre 1974 dalla Conferenza mondiale sull'alimentazione e approvata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con ris. 3348 (XXIX) del 17 dicembre 1974.

[2] G. PARISE, *Guerre politiche*, Milano, 2007, p. 99 ss. Non è detto che quella fotografa ritraesse bambini del Biafra. Mia nonna e gli adulti in genere vi si riferivano per antonomasia.

il 1979 la cifra oscillava tra 850 e 880 milioni[3]. Senza citare alcuna fonte, nel 1984 scrissi «quasi un miliardo», una soglia che, secondo le stime più accreditate, è stata superata solo nel triennio 1990-1992. Seguì, almeno fino al 2007, un incerto miglioramento. Le più recenti ricostruzioni relative al periodo 2005-2007 restituiscono comunque un dato sconfortante: 946,2 milioni di affamati[4]. Dopodiché si è verificato un aumento tendenziale e a tratti repentino dei prezzi di derrate come il riso e il grano, spesso contrastato con blocchi delle esportazioni che hanno aggravato la crisi a scapito dei paesi importatori già colpiti dalla fame[5]. Di qui l'ipotesi che la massa degli affamati fosse tornata a espandersi oltre la soglia del miliardo[6]. Questa è la cifra che tuttora campeggia in una nota informativa del Comitato per la sicurezza alimentare mondiale, non datata ma presumibilmente risalente al 2009[7]. Poiché tuttavia la FAO aveva nel frattempo intrapreso una revisione della propria metodologia statistica, s'è dovuto attendere il 2012 per averne conferma. È giunta, invece, una smentita: 867 milioni di affamati nel triennio 2007-2009, con un lieve incremento nel successivo[8]. Come può una statistica tutto sommato confortante rispecchiare l'esito di una delle più gravi crisi alimentari del secondo dopoguerra? Il mistero si dilegua, come vedremo, mettendo a fuoco una caratteristica di questo macabro pallottoliere, macroscopica ma trascurata – si direbbe rimossa – dai suoi utenti[9].

Per ora basti notare che gli ultimi due rapporti annuali sullo *Stato*

[3] Si tenga tuttavia conto del fatto che nel 1974 la popolazione mondiale era ancora inferiore a quattro miliardi. Cfr. *État de la population mondiale 2014: le pouvoir de 1,8 milliard d'adolescents et de jeunes et la transformation de l'avenir*, Fonds des Nations Unies pour la population, New York, 2014, p. 5 (reperibile all'indirizzo http://www.unfpa.org/fr/publications).

[4] *L'état de l'insécurité alimentaire dans le monde 2014: créer un environnement plus propice à la sécurité alimentaire et à la nutrition*, FAO-FIDA-PAM, Roma, 2014, p. 8. I rapporti annuali sull'insicurezza alimentare nel mondo sono reperibili all'indirizzo http://www.fao.org/publications/sofi. Nel leggere i dati statistici qui riportati si tenga presente che la stima dell'estensione del fenomeno può variare di anno in anno anche rispetto al passato a causa degli aggiustamenti più o meno significativi apportati alla metodologia statistica.

[5] Cfr. *L'état de l'insécurité alimentaire dans le monde 2011: comment la volatilité des cours internationaux porte-t-elle atteinte à l'économie et à la sécurité alimentaire des pays?*, FAO-FIDA-PAM, Roma, 2011, pp. 8-10.

[6] *L'état de l'insécurité alimentaire dans le monde 2010: combattre l'insécurité alimentaire lors des crises prolongées*, FAO-PAM, Roma, 2010, p. 8, stima che nel 2009 gli affamati fossero 1.023 milioni.

[7] *Note d'information du Comité de la sécurité alimentaire mondiale (CSA)*, s.d., reperibile all'indirizzo: http://www.fao.org/cfs/cfs-home/fr.

[8] *L'état de l'insécurité alimentaire dans le monde 2012: la croissance économique est nécessaire mais elle n'est pas suffisante pour accélérer la réduction de la faim et de la malnutrition*, FAO-FIDA-PAM, Rome, 2012, p. 9.

[9] V. *infra*, paragrafi 2 e 6.

dell'insicurezza alimentare nel mondo confermano una tendenza positiva. Il penultimo ipotizzava che, nel triennio 2011-2013, 842 milioni di individui, 827 dei quali residenti nelle «regioni in sviluppo», sarebbero vissute «in stato di fame cronica»[10]. Infine, le proiezioni per il triennio 2012-2014 contenute nel rapporto più recente – poco più di 805 milioni di affamati, di cui quasi 791 residenti nei Paesi più poveri – sono tali da rinvigorire la speranza, per anni di fatto abbandonata, di raggiungere il pertinente Obiettivo del Millennio: dimezzare entro il 2015 la percentuale degli affamati su scala mondiale[11].

La diminuzione di tale percentuale, parallela all'aumento della popolazione mondiale, non impedisce tuttavia di notare che la massa degli affamati, dopo essersi ingrossata negli ultimi vent'anni del secolo scorso, è tornata ai livelli degli anni Settanta, quando gli adulti opponevano la tragedia del Biafra alle capricciose inappetenze dei loro piccini e la comunità internazionale, con la solenne dichiarazione citata in apertura, intimava a tutti i popoli di «collaborer en vue d'éliminer le spectre séculaire de la faim»[12]. «Le temps presse», ammoniva il documento: trascorsi quarant'anni, dopo un lungo indietreggiare, s'è tornati al punto di partenza. Tutto, però, è cambiato.

E cominciava a cambiare già nel momento in cui la Conferenza mondiale sull'alimentazione enunciava una strategia per sconfiggere definitivamente la fame, partendo dal presupposto che «toutes le nations doivent coopérer à la mise en place d'un système efficace de sécurité alimentaire mondiale»[13]. L'idea di procedere alla costruzione di un tale sistema, con il decisivo ausilio del diritto internazionale, si sarebbe ben presto affievolita; e sembra, oggi, definitivamente archiviata.

Nel 1974 era chiaro, specialmente agli assertori del «Nuovo ordine economico internazionale», che la sconfitta della fame avrebbe richiesto uno sforzo collettivo inteso a modificare la struttura dei rapporti economici globali, tramite la creazione di dispositivi vincolanti di stabilizzazione dei mercati degli alimenti di base, la costituzione di riserve alimentari internazionalmente gestite, lo smantellamento o la rimodulazione delle barriere tariffarie erette dai Paesi industrializzati, il trasferimento obbligatorio di tecnologie agricole avanzate, la riorganizzazione

[10] *L'état de l'insécurité alimentaire dans le monde 2013: les multiples dimensions de la sécurité alimentaire*, FAO-FIDA-PAM, Roma, 2013, p. 8.

[11] *Déclaration du Millénaire*, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con ris. 55/2 dell'8 dicembre 2000, par. 19, 1° trattino.

[12] *Déclaration universelle pour l'élimination définitive de la faim et de la malnutrition*, cit., par. 12.

[13] *Ibidem*.

dell'economia rurale nell'interesse dei piccoli produttori[14]. Negli stessi anni, tuttavia, gli avversari di questo "vasto programma" avevano idee altrettanto chiare e, come quel che è stato certifica, anche la capacità di imporle. Nel 1974, e negli anni immediatamente successivi, mentre il Terzo Mondo celebrava trionfi illusori, la rivoluzione conservatrice, o neoliberista, tesseva silenziosa la sua avvolgente trama[15].

Riepiloghiamo.

Se le statistiche ufficiali non mentono, il numero degli affamati non è significativamente diminuito rispetto agli anni Settanta del secolo scorso. La scomparsa, nel frattempo intervenuta, del diritto internazionale della sicurezza alimentare – o meglio, dell'idea mai realizzata di costruirne uno – sembrerebbe propizia a un indefinito perpetuarsi della tragedia. Ciò nonostante, il mondo si accinge a congratularsi con se stesso per aver centrato, o mancato d'un soffio (presto si saprà), il più emblematico degli Obiettivo del Millennio.

Le mie pagine infantili sulla fame nel mondo, che ho qui con me, rispecchiano con assoluta naturalezza lo scandalo, l'urgenza, uno sgomento e un senso di colpa allora diffusi e perfettamente *comprensibili*. Arduo è stato invece il tentativo di capire il sinistro autocompiacimento oggi dominante. Proviamo a cogliere l'elusivo *esprit du temps* che lo ispira muovendo da alcuni indizi.

2. *Danza macabra*

Jean Ziegler, *ex*-relatore speciale delle Nazioni Unite sul diritto al cibo, ritiene che la disperata condizione in cui vive oltre un nono della popolazione mondiale non sia una fatalità emergente dal libero e incoercibile interagire dell'umana moltitudine, ma la conseguenza di un «crimine organizzato», uno «sterminio di massa dei più poveri» prodotto da

[14] *Ibidem*, par. 4-11.

[15] In tema v., in generale, D. HARVEY, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford-New York, 2005 (trad. it. *Breve storia del neoliberismo*, Milano, 2007); P. DARDOT, C. LAVAL, *La nouvelle raison du monde: essai sur la société néolibérale*, Paris, 2010 (trad. it., *La nuova ragione del mondo. Critica della razionalità neoliberista*, Roma, 2013); oltre al fondamentale M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France 1978-1979*, Paris, 2004 (trad. it., *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France 1978-1979*, Milano, 2005). Il significato attribuito al termine «neoliberismo» in A. COMBA, *Il neo liberismo internazionale. Strutture giuridiche a dimensione mondiale dagli accordi di Bretton Woods all'Organizzazione mondiale del commercio*, Milano, 1995, p. 25 ss., è diverso, nel senso che indica piuttosto il progetto, caratteristico del periodo successivo alla seconda guerra mondiale, di "organizzare" l'esercizio della libertà economica in modo più compiuto che in passato. Sul tema si tornerà *infra*, paragrafo 3.

un sistema economico globale di cui sono noti i meccanismi e i principali beneficiari[16]. Se l'impiego di categorie penalistiche ha in questo contesto il solo scopo di veicolare un messaggio politico, resta il fatto che la fame miete dieci milioni di vite ogni anno, l'equivalente di dodici genocidi ruandesi. Ogni cinque secondi, un bambino di età inferiore a dieci anni muore di fame. Ogni dieci secondi, accade lo stesso a un bambino di età inferiore a cinque anni: uno su nove, nell'Africa sub-sahariana[17].

È possibile, come suggerisce il titolo di questo saggio, "spettacolarizzare" la lotta contro un simile flagello? La categoria dello "spettacolo" non è qui palesemente impropria? Senza dubbio, ma solo se utilizzata secondo un'accezione generica. La prospettiva cambia, e diviene a mio avviso illuminante, se si assume come quadro di riferimento la tesi enunciata nel celebre *La société du spectacle*[18].

La società dello spettacolo "teorizzata" da Guy Debord quasi mezzo secolo fa non coincide, se non a un livello superficiale, con il regno dell'intrattenimento, né si risolve nelle forme sempre più varie e stupefacenti, e facilmente criticabili, della distrazione di massa[19]. Per Debord, lo spettacolo è una figura estrema dell'alienazione associata al modo di produzione capitalistico:

[16] J. ZIEGLER, *Destruction massive. Géopolitique de la faim*, Paris, 2012, p. 23 ss. Il sottotitolo dell'opera è un omaggio al pioneristico studio di J. DE CASTRO, *Géopolitique de la faim*, Paris, 1952 (la cui edizione inglese, *The Geography of Hunger*, London, 1952, è prefata da John Boyd Orr, primo Direttore generale della FAO). Dello stesso a. si veda altresì *The Black Paper of Hunger: Basic Documents for the Creation of an International Fund against Hunger*, Rio de Janeiro, 1957. Sul tema è nota e indispensabile la riflessione filosofico-morale di T. POGGE, *Povertà mondiale e diritti umani: responsabilità e riforme cosmopolite*, Roma-Bari, 2010.

[17] J. ZIEGLER, *Destruction massive*, cit., pp. 13-14.

[18] G. DEBORD, *La société du spectacle*, Paris, 1992. La prima edizione del libro fu stampata a Parigi nel 1967 dalla casa editrice Buchet-Chastel. Di traduzioni in lingua italiana ne esiste più d'una; l'a. le ha però ripudiate tutte sino a quella, da lui definita eccellente, che Paolo Salvadori a curato per l'editore Vallecchi di Firenze nel 1979 (cfr. G. DEBORD, *Commentaires sur la société du spectacle*, Paris, 1992, pp. 121-122). Entrambi i tesi qui citati sono oggi riuniti in G. DEBORD, *La società dello spettacolo*[5], Milano, 2006. Utilizzerò l'originale francese come omaggio alla qualità letteraria del testo (la "doppia nazionalità" italiana e francese del XIX Convegno della Società italiana di Diritto internazionale è una ragione in più).

[19] Mi pare che il saggio di M. LA TORRE, *La "patria delle ombre". Diritto e politica nella società dello spettacolo*, in A. SCERBO (a cura di), *Diritto e politica: le nuove dimensioni del potere. Atti del XXVII Congresso della Società italiana di filosofia del diritto (Copanello di Staletti, 16-18 settembre 2010)*, Milano, 2014, p. 31 ss., per quanto ricco di spunti (per non parlare della miriade di riferimenti ad altri autori) sfrutti il testo debordiano essenzialmente a quel livello, ossia per "denunciare" l'universale brama di apparire, «possibilmente su uno *schermo*» (*ibidem*, p. 41), e la passività politica del teledipendente, emblema del solitario e mansueto consumatore di spettacoli.

> Toute la vie des sociétés dans lesquelles règnent les conditions modernes de production s'annonce comme une immense accumulation de spectacles. Tout ce qui était directement vécu s'est éloigné dans une représentation[20].

Lo spettacolo non è dunque un «ensemble d'images», bensì «un rapport social entre des personnes, médiatisé par des images»[21]. «Le spectacle», recita una delle frasi più celebri del libro, «est le *capital* à un tel degré d'accumulation qu'il devient image»[22]. Debord non denuncia il fatuo che imperversa nella società contemporanea; coglie i sintomi dello stadio terminale dell'alienazione. La sua prosa è ritmata non dai sussulti dell'indignazione morale ma da lugubri rintocchi mortuari. Ciò che disseziona non è esecrabile frivolezza; è orrore divenuto indifferente, disumano distacco dal reale.

Di recente, la FAO ha varato il progetto *Voices of the Hungry*, il cui scopo, suggerito dal titolo, è elaborare una metodologia statistica integrata da rilevazioni demoscopiche, posto che quella attuale stima il numero degli affamati componendo una massa di dati che non necessariamente rispecchia la concreta esperienza delle vittime e la reale estensione della tragedia[23]. L'immagine-simbolo del progetto (a quanto pare ritirata) sembra, guarda caso, emersa da un inconscio collettivo assai tormentato: un drone a forma di avambraccio – che, pur esibendo la pacifica insegna della spiga, simbolo della FAO, non può non evocare *altri* velivoli telecomandati – cala un abnorme microfono su un gruppo di omini senza volto, ognuno dei quali è solo, disperso in una landa arida e spettrale, accovacciato davanti a una ciotola vuota, il capo chino, come per sottrarsi al robotico intervistatore, il quale, nonostante l'ostinato silenzio degli intervistati, trasmette dati (falsi?) alla centrale con un potente megafono, mentre il cielo, sullo sfondo, è striato dai raggi di un "sol dell'avvenire", non ancora sorto, o dai fasci di luce di una contraerea che il drone della FAO ha eluso[24]. C'è, in effetti, qualcosa di inquietante nel-

[20] G. DEBORD, *La société du spectacle*, cit., p. 15.
[21] *Ibidem*, p. 16.
[22] *Ibidem*, p. 32 (corsivo originale).
[23] Sul tema v. lo studio di T.J. BALLARD, A.W. KEPPLE, C. CAFIERO, *The Food Insecurity Experience Scale. Development of a Global Standard for Monitoring Hunger Worldwide*, FAO, 2013 (disponibile all'indirizzo: http://www.fao.org/3/a-as583e.pdf). Sul punto si tornerà *infra*, paragrafo 6.
[24] Informazioni dettagliate sull'iniziativa *Voices of the Hungry* sono reperibili all'indirizzo http://www.fao.org/economic/ess/ess-fs/voices/it.

la struttura delle statistiche costruite per misurare la distanza che ci separa dall'Obiettivo del Millennio.

Secondo *Worldometers.info*, un sito di statistiche mondiali in tempo reale, il numero delle persone sottoalimentate diminuisce di un'unità ogni tre secondi; sempre ogni tre secondi, qualcuno muore di fame[25]. Da questa inquietante coincidenza non è lecito dedurre che la morte per fame è la *sola* causa della diminuzione delle persone che rischiano di morirne. Benché il sito non fornisca dati in proposito, è lecito supporre che ogni tanto nasca un bambino destinato a soffrire la fame o che una persona precipiti in tale condizione. Ciò non toglie che l'evolversi di un indice negativo – il conteggio delle morti per fame – contribuisce al miglioramento di un indice positivo, quello delle persone sottratte all'inedia. Il tentativo, richiesto dagli Obiettivi del Millennio, di stimare quante persone nel mondo soffrono la fame, è raggelante non solo a causa del risultato – oltre 800 milioni di vittime, secondo una stima probabilmente ottimistica – ma anche perché i decessi *per fame* contribuiscono a migliorare la statistica e quindi a raggiungere l'obiettivo.

Un'altra ragione di (macabro) ottimismo può trarsi dall'ipotesi secondo cui una persona denutrita non avrebbe l'energia richiesta da un lavoro fisicamente impegnativo e tenderebbe perciò a condurre una vita inattiva, che non esige l'assimilazione di molte calorie, *ergo* la persona che presumiamo sottoalimentata forse non lo è, benché mangi poco. Si potrebbe liquidare questa catena di false deduzioni come una battuta di cattivo gusto, se non fosse che essa rispecchia, certo in chiave ironica, uno dei principi che informano le stime ufficiali del numero degli affamati[26].

Per un nuovo partenariato mondiale: verso l'eliminazione della povertà e la trasformazione delle economie per mezzo dello sviluppo sostenibile è il titolo del rapporto del Gruppo di personalità di alto livello incaricato del programma di sviluppo per il dopo-2015, costituito per iniziativa del Segretario generale delle Nazioni Unite nell'estate del 2012 e coordinato da Susilo Bambang Yudhoyono, allora Presidente dell'Indonesia, Ellen Johnson Sirleaf, Presidente della Liberia, e dal Primo ministro britannico David Cameron (come vedremo in seguito la locuzione «di alto livello» oggi imperversa)[27]. Vi si legge che ogni dollaro investito

[25] Cfr. http://www.worldometers.info (consultato il 23 aprile 2014).

[26] V. *infra*, paragrafo 6.

[27] *Pour un nouveau partenariat mondial: vers l'éradication de la pauvreté et la transformation des économies par la biais du développement durable. Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau chargé du programme de développement pour l'après-2015*, 2013, pp. 70-72 (ove l'elenco dei membri del Gruppo). Disponibile

nella lotta contro la malnutrizione cronica ne frutta 30 nell'arco di una vita: sfamare qualcuno tende a incrementarne la produttività[28]. Se argomenti giuridici, morali e politici stentano a far breccia – sembrano dirci le personalità di alto livello – si sappia almeno che la lotta alla fame può convenire a chi la finanzia. Ma se questo è il movente, allora non è il caso di trascurare più redditizie allocazioni del capitale: lo stesso dollaro, investito allo scopo di ridurre i ritardi di crescita, scopo meno oneroso perché concentrato nel tempo (infanzia e adolescenza), frutta quasi il 50% in più: 44 dollari e mezzo[29]. Poco oltre, il rapporto precisa che quello specifico impiego del capitale è tanto lucroso solo se è destinato ad aiutare bambini residenti in India, mentre sfamare quelli etiopi, come mostra un diagramma a barre, conviene assai meno: rende circa un terzo[30]. Insomma, il valore *finanziario* di un bambino che, a causa della malnutrizione, rischia di subire ritardi di sviluppo, varia secondo il paese in cui risiede.

A simili discorsi – peraltro proposti affabilmente, con la noncuranza di chi ritiene di dar voce al buon senso, e perciò *ancor più sinistri* – si attaglia perfettamente la diagnosi debordiana: «C'est la vie concrète de tous qui s'est dégradée en univers *spéculatif*»[31]. Come siamo giunti a queste ottuse contemplazioni? Cosa ci spinge, oggi, a «courir vite derrière l'inflation des signes dépréciés de la vie»?[32] Poiché lo spettacolo, sostiene Debord, ha messo fuori legge la storia, specialmente quella recente, per celare la propria e proporsi come presenza familiare, ordinaria – «comme s'il avait depuis toujours été là»[33] – cercare di rintracciare le radici della condizione attuale può rivelarsi un'utile contromossa.

3. *Diritto internazionale contro la fame: storia breve di un'idea*

L'idea di un diritto internazionale della sicurezza alimentare – e solo l'idea, perché poco o nulla si è realizzato in pratica – non è sopravvissuta a ciò che i colleghi d'Oltralpe chiamano le «*Trente glorieuses*», i primi tre decenni del secondo dopoguerra. I due capi di questa vicenda storica sono idealmente retti da due personalità liberali e riformiste accomunate

all'indirizzo http://www.un.org/fr/sg/beyond2015_report.pdf.

[28] *Ibidem*, p. 6.

[29] *Ibidem*, p. 44.

[30] *Ibidem*, p. 45.

[31] G. DEBORD, *La société du spectacle*, cit., p. 24 (corsivo originale).

[32] G. DEBORD, *Commentaires sur la société du spectacle*, cit., 1992, p. 50.

[33] *Ibidem*, p. 30.

dalla credenza nelle virtù della pianificazione a ogni livello, nazionale e internazionale. Mi riferisco allo scozzese John Boyd Orr (1880-1971), primo Direttore generale della FAO (1945-1948) e premio Nobel per la pace (1949), e all'olandese Jan Tinbergen (1903-1994), primo vincitore del premio Nobel per l'economia (1969) e, per quanto qui interessa, coordinatore, intorno alla metà degli anni Settanta, del «Progetto RIO» (la sigla sta per «Reshaping the International Order»), un'iniziativa del Comitato esecutivo del Club di Roma sfociata nella pubblicazione di un voluminoso rapporto dedicato nientemeno che alla «rifondazione dell'ordine internazionale»[34]. Nell'immediato dopoguerra, Boyd Orr propose l'istituzione di un «World Food Board», un organismo composto interamente di esperti che avrebbe potuto determinare d'autorità i prezzi delle principali derrate, acquistare le eccedenze e ridistribuirle secondo necessità, allo scopo di sconfiggere definitivamente la fame[35].

Il progetto non era però compatibile con un aspetto essenziale della strategia statunitense per la ristrutturazione e il governo dell'economia mondiale, che era sì interventista, nel solco del New Deal, ma ostile alla creazione di istituzioni internazionali dotate di poteri incisivi. Gli Stati Uniti preferivano naturalmente allocare i loro ingenti *surplus* in funzione dei propri interessi economici, politici e strategici, senza dover negoziare alla pari con altri Stati o soggiacere agli illuminati *diktat* di esperti indipendenti[36].

Trent'anni più tardi, l'analoga proposta di fondare un «Ente mondiale per gli alimenti», formulata dal gruppo di intellettuali coordinato da Tinbergen e trasmessa al Segretario generale delle Nazioni Unite Kurt Waldheim – proposta che costituiva peraltro solo un tassello di un'auspicata trasformazione complessiva dell'ordine economico internazionale, tutta nel segno dell'equità e da realizzare grazie ai proventi di imprese pubbliche internazionali e a un'imposta globale sui profitti ricavati dallo sfruttamento delle risorse del Terzo Mondo[37] – è caduta nel vuoto per ragioni in parte diverse. Anzitutto, il contesto storico-politico che fa da

[34] J. TINBERGEN (a cura di), *Progetto RIO per la rifondazione dell'ordine internazionale. Terzo rapporto al Club di Roma*, Milano, 1977.

[35] Cfr. M. MAZOWER, *Governing the World. The History of an Idea*, London-New York, 2012, pp. 283-284; per maggior dettagli D.J. SHAW, *World Food Security. A History Since 1945*, Basingstoke-New York, 2007, p. 15 ss.

[36] Y. VAROUFAKIS, *The Global Minotaur. America, the True Origins of the Financial Crisis and the Future of the World Economy*, London-New York, 2011, p. 57 ss. (trad. it. *Il Minotauro globale. L'America, le vere origini della crisi e il futuro dell'economia globale*, Trieste, 2012).

[37] J. TINBERGEN (a cura di), *Progetto RIO per la rifondazione dell'ordine internazionale*, cit., pp. 181-207.

sfondo all'iniziativa del Club di Roma, propizio solo in apparenza alla creazione del Nuovo ordine economico internazionale trionfalmente annunciato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, la rendeva in realtà persino più irrealistica della precedente. Nella prima metà degli anni Settanta, il riposizionamento degli Stati Uniti nello scacchiere geoeconomico – da nazione in *surplus* interessata a diffondere benessere, oltre che a fungere da stabile fulcro del sistema monetario internazionale, a Paese in *deficit* cronico ma compensato dalla capacità di drenare capitali da tutto il mondo[38] – inaugurava un'epoca caratterizzata da un dominio più aspro e spregiudicato, destinato a plasmare ciò che lo storico Mark Mazower ha efficacemente definito «il *vero* nuovo ordine economico internazionale»[39].

Mentre politici e intellettuali si sarebbero interrogati ancora a lungo sulle possibili architetture istituzionali di un ordine economico internazionale più giusto ed equo – una sorta di *welfare* globale – il contesto politico è stato sin dall'inizio poco propizio alle ambizioni di riforma, circostanza che fa dell'annuncio del Nuovo ordine economico internazionale una "malinconica apoteosi". Benché l'atto finale della Conferenza mondiale sull'alimentazione – la già citata *Dichiarazione universale per l'eliminazione definitiva della fame e della malnutrizione* – rispecchi fedelmente le rivendicazioni e le proposte degli assertori del Nuovo ordine, in quella sede non si poté andare oltre la costituzione di una struttura dal nome altisonante – il Consiglio mondiale per l'alimentazione[40] – ma in realtà assai modesta: una sede intergovernativa di coordinamento priva di poteri decisionali, destinata a spegnersi gradualmente nella prima

[38] Y. VAROUFAKIS, *The Global Minotaur*, cit., p. 90 ss.

[39] M. MAZOWER, *Governing the World*, cit., p. 343 ss. La dottrina internazionalistica accoglie in genere una diversa periodizzazione, più "generosa" nei confronti del Nuovo ordine economico internazionale. Sul tema v., tra gli altri, M. BEDJAOUI, *Pour un nouvel ordre économique international*, Paris, 1979; P. GUERRIERI, G. LUCIANI, *L'Italia e il Nuovo ordine economico internazionale: uno sviluppo controcorrente*, Milano, 1979; M. PANEBIANCO (a cura di), *Dieci anni dalla Carta dei diritti e dei doveri economici degli Stati: Italia-Europa-Terzo Mondo (Atti del colloquio internazionale di Salerno del 2 maggio 1984)*, Napoli, 1986; S. MARCHISIO, *Riforma dell'ONU economica e tramonto del Nuovo ordine economico internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1992, p. 1023 ss.; R. CADIN, *L'evoluzione storico-giuridica del concetto di sviluppo nel diritto internazionale*, in E. SPATAFORA, R. CADIN, C. CARLETTI, *Sviluppo e diritti umani nella cooperazione internazionale. Lezioni sulla cooperazione internazionale per lo sviluppo umano*[2], Torino, 2007, p. 1 ss., p. 48 ss.; G. SACERDOTI, *Nascita, affermazione e scomparsa del Nuovo ordine economico internazionale: un bilancio trent'anni dopo*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia.* Liber amicorum *in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, p. 127 ss., spec. p. 139 ss.

[40] Cfr. D.J. SHAW, *World Food Security*, cit., p. 121 ss.

metà degli anni Novanta e a essere rimpiazzata dal Comitato per la sicurezza alimentare mondiale[41]. Nulla a che fare, insomma, con le potenti agenzie internazionali immaginate da Boyd Orr e Tinbergen, all'inizio e alla fine delle *Trente glorieuses*.

Proprio in quegli anni, d'altronde, Gli Stati Uniti – per riprendere il titolo di uno storico libello firmato nel 1975 da Daniel P. Moynihan (1927-2003) – erano «passati all'opposizione», nell'ambito di quelle stesse istituzioni internazionali alla cui creazione avevano atteso nell'immediato dopoguerra, ritenendole possibili strumenti di una benevola egemonia, ma che ormai erano dominate da una moltitudine di *ex*-colonie desiderose di rivalsa[42]. Moynihan rinveniva la radice storico-ideologica delle rivendicazioni dei Paesi di nuova indipendenza – della loro pretesa di riformare il diritto internazionale per farne lo strumento di una "risarcitoria" ridistribuzione della ricchezza – in una strisciante «rivoluzione britannica» (*sic*), cioè nel diffondersi, specialmente presso le *élites* afroasiatiche destinate a divenire protagoniste del processo di decolonizzazione, delle concezioni socialdemocratiche tipiche del fabianesimo, dall'autore ironicamente definito «hegeliana sintesi» delle idee veicolate da altre due e ben più note rivoluzioni: «On the one hand, the Minimal State of the American revolution; in response, the Total State of the Russian revolution; in synthesis, the Welfare State of the British revolution»[43]. Per Moynihan, che di lì a poco sarebbe stato chiamato a rappresentare il suo Paese presso le Nazioni Unite, la presa di coscienza della condizione minoritaria degli Stati Uniti e dell'identità dell'avversario – un fabianesimo globalizzato e socialisteggiante – costituiva la premessa necessaria di un contrattacco da muovere nel nome di un liberalismo realistico, pragmatico, fiero delle sue conquiste e capace di contrapporle ai disastrosi risultati che l'intervento dello Stato nell'economia aveva prodotto nei Paesi di nuova indipendenza: «[i]t is time for the United States, as the new society's loyal opposition, to say this directly, loudly, forcefully»[44].

La falsa idea di uno Stato benefattore doveva essere contrastata anzitutto denunciando in sede diplomatica le violazioni dei diritti civili e politici commesse nel nome di presunti interessi collettivi – il compito era per Moynihan troppo importante per essere lasciato a Freedom House e Amnesty International – ma anche rappresentando l'antimperialismo e l'anticapitalismo come «last stage of colonialism», ossia

[41] V. *infra*, paragrafo 4.
[42] Cfr. M. MAZOWER, *Governing the World*, cit., p. 305 ss.
[43] P.D. MOYNIHAN, *The United Sates in Opposition*, in *Commentary*, 1975, p. 2.
[44] *Ibidem*, p. 16.

come subdolo strumento di esclusione dalle opportunità offerte dal mercato ai singoli individui, e infine contrapponendo alla pigra autocommiserazione del diseredato – «[t]he Third World must feed itself … and this will not be done by suggesting that Americans eat too much» – lo spirito di intraprendenza e il senso di responsabilità[45].

Non si può dire che la stessa fiducia nella libera iniziativa individuale e nell'autoregolazione del mercato caratterizzi il rapporto della cosiddetta "Commissione Brandt", la cui vicenda costituisce l'ultimo significativo frutto dell'inquieto riformismo "planetario" degli anni Settanta. Per il gruppo coordinato dell'*ex*-Cancelliere tedesco, la lotta contro la fame, nel 1980, rappresentava «a challenge to the world's economic system, requiring complementary national and international measures»[46]. La libera concorrenza era sì degna di tutela, ma solo «within an overall system governed by international measures for security of food volumes and prices»[47], in particolare la costituzione di «larger international food reserves, and the establishment of a food financing facility»[48]. Astenersi da un intervento risolutivo sarebbe equivalso, secondo la Commissione Brandt, a mettere in discussione l'idea stessa di una comunità internazionale: «The idea of a community of nations has little meaning if that situation is allowed to continue, if hunger is regarded as a marginal problem which humanity can live with»[49].

Quest'urgenza morale trovò tuttavia scarso riscontro nel *summit* sulla cooperazione e lo sviluppo promosso dalla stessa Commissione Brandt e convocato nell'autunno del 1981, a Cancún, dal Presidente messicano López Portillo e del Cancelliere austriaco Bruno Kreisky, con la collaborazione del Primo ministro canadese Pierre Trudeau. L'incontro, inconcludente, sarà ricordato soprattutto – e paradossalmente – per la professione di fede neoliberale recitata da Ronald Reagan e applicata per l'occasione al quadro internazionale:

> We are mutually interdependent, but, above all, we are individually responsible. […] Government has an important role in helping develop a country's economic foundation. But the critical test is whether government is genuinely working to liberate individuals by creating incentives to work, save, invest, and succeed. Individual farmers, labor-

[45] *Ibidem*, pp. 18-19.
[46] *North-South: A Program for Survival. The Report of the Independent Commission on International Development Issues under the Chairmanship of Willy Brandt*, Cambridge (Mass.), 1980, p. 90.
[47] *Ibidem*, p. 93.
[48] *Ibidem*, p. 104.
[49] *Ibidem*, p. 90.

> ers, owners, traders, and managers – they are the heart and soul of development. Trust them. Because whenever they are allowed to create and build, wherever they are given a personal stake in deciding economic policies and benefiting from their success, then societies become more dynamic, prosperous, progressive, and free. With sound understanding of our domestic freedom and responsibilities, we can construct effective international cooperation. Without it, no amount of international good will and action can produce prosperity. […] We should not seek to create new institutions. [O]ur main purpose in coming to Cancun is to focus on specific questions of substance, not procedural matters [while] creating a political atmosphere in which practical solutions can move forward, rather than founder on a reef of misguided policies that restrain and interfere with the international marketplace or foster inflation[50].

Nel *pamphlet* di Moynihan e nelle parole con cui Reagan si contrappose al riformismo della Commissione Brandt si possono distinguere con nitidezza i germi della condizione attuale: l'acuta diffidenza nei confronti di apparati statali o ultrastatali concepiti per controllare e dirigere la società e soprattutto la fiducia nella capacità creativa dell'individuo libero, responsabile, pragmatico, ostile alle nebulose astrazioni dell'ideologia, insofferente ai vincoli della pianificazione, e titolare di diritti fondamentali. O accuratamente persuaso di essere tutto ciò.

4. *La condizione attuale*

Nulla è più conforme allo spirito del tempo della rincorsa agli Obiettivi del Millennio. Mentre questi ultimi giungono ormai a scadenza, conviene che la comunità internazionale mantenga lo slancio fissando nuovi traguardi per il 2030. È verosimile che ben presto gli Stati prometteranno di eliminare la piaga della fame entro quella data[51]. Di recente, il Segretario generale ha descritto questo sforzo, destinato a prolungarsi, come «une action multilatérale qui repose sur des données factuelles»[52]. Questa pretesa di oggettività è stata ovviamente criticata, non da ultimo per-

[50] *Statement Delivered on October 22, 1981, at the First Plenary Session of the International Meeting on Cooperation and Development in Cancun*, reperibile all'indirizzo http://www.reagan.utexas.edu/archives/speeches/1981/102181c.htm.

[51] *Rapport du Groupe de travail ouvert de l'Assemblée générale sur les objectifs de développement durable*, A/68/970, 12 agosto 2014, p. 11.

[52] *La dignité pour tous d'ici à 2030: éliminer la pauvreté, transformer nos vies et protéger la planète. Rapport de synthèse du Secrétaire général sur le programme de développement durable pour l'après-2015*, A/69/700, 4 dicembre 2014, p. 4, par. 14.

ché la frenesia della misurazione può comportare una minor cura nella raccolta e nell'elaborazione delle informazioni[53]. Ciò non ha tuttavia condotto a disconoscere le (apparenti) credenziali "pragmatiche" dell'impresa. Secondo Kenny Rittich, ad esempio, gli Obiettivi del Millennio «are representative of the turn toward new governance on the international order, a turn marked by the embrace of empiricism and 'problem-solving' through benchmarking»[54].

La relativa prassi, in realtà, è caratterizzata da una certa disattenzione nei confronti dei *mezzi* utili a raggiungere gli scopi che la comunità internazionale si è prefissa. Si direbbe, anzi, che la retorica dei "Grandi Obiettivi" sia essa stessa mezzo di un generico incitamento all'azione. Il suo intento è infatti «galvanizzare»[55], suscitare «entusiasmo»[56], ispirare «parlamentari, predicatori, insegnanti e giornalisti»[57], ottenere una visione più nitida delle nostre priorità[58], incoraggiare a compiere imprese grandiose facendole apparire meno ardue, come ha di recente puntualizzato la Oxford Martin Commission for Future Generations, di cui fanno parte, tra gli altri, Pascal Lamy (che la presiede), Amartya Sen, Jean-Claude Trichet, Mo Ibrahim e Arianna Huffington[59].

[53] M. JERVEN, *Poor Numbers: How We Are Misled by African Development Statistics and What to Do about It*, Ithaca (NY), 2013, pp. 95-96. Sull'uso degli "indicatori" come strumenti di governo della sfera internazionale v. il pioneristico K.E. DAVIS, A. FISHER, B. KINGSBURY, S.E. MERRY (a cura di), *Governance by Indicators. Global Power through Quantifications and Rankings*, Oxford-New York, 2012.

[54] K. RITTICH, *Governing by Measuring: The Millennium Development Goals in Global Governance*, in H. RUIZ FABRI, R. WOLFRUM, J. GOGOLIN (a cura di), *Select Proceedings of the European Society of International Law (Volume 2)*, Oxford-Portland, 2008, p. 463 ss., p. 474. Per critiche più radicali cfr A. SAITH, *From Universal Values to Millennium Development Goals: Lost in Translation*, in *Development and Change*, 2006, p. 1167 ss.; M.E. SALOMON, *Poverty, Privilege and International Law: The Millennium Development Goals and the Guise of Humanitarianism*, in *German Yearbook of International Law*, 2008, p. 39 ss. Sul rapporto tra Obiettivi del Millennio e tutela dei diritti umani v. E. DOMINGUEZ REDONDO, *The Millennium Development Goals and the Human Rights-based Approach: Reflecting on Structural Chasms with the United Nations System*, in *International Journal of Human Rights*, 2009, p. 29 ss.

[55] *Achieving the MDGs: The Fundamentals*, Overseas Development Institute Briefing Paper No. 43, 2008, p. 1 (reperibile all'indirizzo http://www.odi.org/sites/odi.org.uk/files/odi-assets/publications-opinion-files/2578.pdf).

[56] *La dignité pour tous d'ici à 2030: éliminer la pauvreté, transformer nos vies et protéger la planète. Rapport de synthèse du Secrétaire général sur le programme de développement durable pour l'après-2015*, cit., p. 16, par. 61.

[57] J. VANDEMOORTELE, *The MDG Story: Intention Denied*, in *Development and Change*, 2011, p. 1 ss., p. 7.

[58] Come recita un documento ritenuto precursore della Dichiarazione del Millennio: *Shaping the 21st Century: The Contribution of Development Co-operation*, OECD Development Assistance Committee, Paris, 1996, p. 9.

[59] *Now for the Long Term. The Report of the Oxford Martin Commission for Future*

Questo farmaco euforizzante non è però somministrato ai membri di una comunità organizzata, né pare che possa servire da stimolo a un'azione collettiva, la quale evidentemente presuppone un accordo minimo sui mezzi da impiegare. Pare che questo problema cominci a essere avvertito anche in sede diplomatica: l'attuale bozza degli «Obiettivi di sviluppo sostenibile» delinea, in calce a ciascun obiettivo, i mezzi per raggiungerlo[60]. Lo fa tuttavia in termini assai vaghi, tanto che il rappresentante del Brasile, esprimendosi anche a nome del Nicaragua, ha preteso che si mettesse a verbale la seguente riserva:

> nous sommes malheureusement obligés d'exprimer notre profonde déception en ce qui concerne les moyens d'exécution. Nous avons bien progressé vers la mise au point d'un nouveau projet de développement mais nous ne sommes pas parvenus à dûment définir les moyens de l'exécuter. En réalité, le contraste entre le degré d'ambition des objectifs du développement durable et l'absence des moyens d'exécution correspondants est extrême. Tout au long des débats, les moyens d'exécution ont été délibérément édulcorés et réduits à leur plus simple expression[61].

Poiché si tratta di una posizione isolata, è prevedibile che gli obiettivi per il 2030 saranno, come gli attuali, pensati per una comunità internazionale disorganizzata, formicolante di individui intraprendenti, ispirati dal ricambio dei *targets* ma anche soli e bisognosi di essere continuamente rassicurati sulla *misura* di progressi compiuti *non si sa come*.

Sulla rivista *Foreign Affairs* si è di recente scritto che gli Obiettivi del Millennio «were not born with a plan, a budget, or a specific mapping out of responsibilities», tanto che nessun soggetto dovrebbe sentirsi responsabile di quel che ne sarà[62]. Il fatto che l'autore abbia voluto con queste parole *elogiare* la prassi in questione, la dice lunga sulla compatibilità di quest'ultima con una prospettiva essenzialmente individualistica, in cui la retorica dello "sforzo comune" in vista di "traguardi globali" serve solo a celare le profonde differenze tra i Paesi le cui prestazioni

Generations, Oxford, 2013, p. 40: «The MDGs provide a useful example of clear, concrete targets that can make even the largest aims – such as eradicating poverty – seem more attainable».

[60] Cfr., ad es., *Rapport du Groupe de travail ouvert de l'Assemblée générale sur les objectifs de développement durable*, cit., p. 13.

[61] *Rapport du Groupe de travail ouvert de l'Assemblée générale sur les objectifs de développement durable. Additif: explications des positions et réserves concernant le rapport*, A/68/970/Add.1, 27 ottobre 2014, p. 11.

[62] J.W. MCARTHUR, *What the Millennium Development Goals Have Accomplished*, in *Foreign Affairs*, 2013, p. 152 ss., p. 153.

fanno progredire gli indici – pare, ad esempio, che a Cina e Vietnam debba accreditarsi oltre il 90% dei progressi compiuti nella lotta alla fame[63] – e i Paesi che, al contrario, regrediscono, mentre la comunità internazionale si felicita con se stessa per la sua *performance* complessiva.

La logica degli Obiettivi del Millennio è dunque in sintonia con un mondo dove ha avuto la peggio l'idea secondo cui le istituzioni internazionali, dopo un lungo rodaggio, avrebbero dovuto proporsi come autonomi centri di pianificazione dello sviluppo e di gestione delle emergenze, insomma come fulcro di un *welfare* planetario. Le organizzazioni che hanno tra i propri obiettivi statutari il presidio della sicurezza alimentare, quali la FAO, il Programma alimentare mondiale (PAM) e il Fondo internazionale per lo sviluppo agricolo (FIDA), o sono sprovviste del potere di adottare decisioni vincolanti o dispongono di risorse insufficienti e – nel caso del PAM – provenienti esclusivamente da contributi volontari. Sebbene costituisca un aspetto familiare del paesaggio internazionale, l'astenia delle istituzioni che si occupano di sicurezza alimentare non è un dato naturale. È il frutto di una scelta compiuta al momento della fondazione dell'ordine postbellico e in seguito più volte confermata, in primo luogo contro le istanze antagoniste emerse dal processo di decolonizzazione, e costantemente sorretta da forze ostili alla creazione di centri decisionali capaci di ridistribuire la ricchezza su scala globale, anche al *solo* scopo di garantire a ogni essere umano condizioni minime di sussistenza.

Ciò nonostante, oggi è più che mai difficile evitare imbarazzanti omissioni quando si enumerano gli organismi internazionali che si occupano, direttamente o indirettamente, di sicurezza alimentare, o meglio di "diritto al cibo" e di "lotta alla fame". Oltre alle agenzie già menzionate, vi sono, almeno, l'Organizzazione mondiale della sanità, l'UNICEF, l'Organizzazione mondiale della meteorologia, il Fondo monetario internazionale, la Banca mondiale, l'UNCTAD, l'Organizzazione mondiale del commercio, l'Organizzazione internazionale del lavoro, Il Programma delle Nazioni Unite per l'ambiente. Vi è poi il Programma delle Nazioni Unite per lo sviluppo, che funge da centro di coordinamento interagenzia sul territorio dei numerosi Paesi in cui opera, e il cui amministratore presiede il Gruppo delle Nazioni Unite per lo sviluppo, organismo che riunisce i rappresentanti di oltre trenta strutture – tra Istituti specializzati, altre organizzazioni internazionali, Programmi, Fondi, uffici e

[63] Cfr. F. MOORE LAPPÉ, J. CLAPP, M. ANDERSON, R. BROAD, E. MESSER, T. POGGE, T. WISE, *How We Count Hunger Matters*, in *Ethics & International Affairs*, 2013, p. 251 ss., p. 255.

dipartimenti implicati a qualsiasi titolo nelle attività di promozione dello sviluppo – e che dal 1997 costituisce un'articolazione stabile del Chief Executives Board, l'ente che promuove il coordinamento al vertice sotto la presidenza del Segretario generale delle Nazioni Unite[64]. A tutto ciò si aggiunge uno strato organizzativo ulteriore che, con scopi in senso lato istruttori e (ancora una volta) di coordinamento, si occupa del tema che qui interessa.

Al centro di questo reticolo istituzionale specializzato si situa il Comitato per la sicurezza alimentare mondiale (CSA), un organismo intergovernativo aperto alla partecipazione dei Membri della FAO, del FIDA, del Consiglio d'amministrazione del PAM e dell'ONU (il possesso di uno solo di tali *status* conferisce il diritto di accedervi)[65]. Le attività del Comitato, che si riunisce annualmente e con la stessa cadenza fa rapporto al Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite, sono coordinate da un Bureau formato dai rappresentanti di tredici Stati, uno dei quali svolge le funzioni di Presidente. Il CSA è assistito da un eteroclito Comitato consultivo di cui fanno parte, oltre alla FAO, al FIDA, e al PAM, varie organizzazioni internazionali, tra cui la Banca Mondiale, il Fondo monetario internazionale e l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), ma anche il Comitato permanente delle Nazioni Unite sulla nutrizione[66], il Relatore speciale delle Nazioni Unite sul diritto al cibo[67], l'Équipe speciale di alto livello sulla crisi mondiale della sicurezza alimentare[68], alcune organizzazioni non governative, come l'Alleanza mondiale dei popoli autoctoni dediti alla transumanza, l'Associazione internazionale dell'industria dei fertilizzanti, la Fondazione Bill & Melinda Gates[69]. Il CSA si avvale inoltre di un Gruppo di esperti di alto livello sulla sicurezza alimentare e la nutrizione[70].

[64] L'analisi giuridica del Programma delle Nazioni Unite per lo sviluppo svolta da S. MARCHISIO, *La cooperazione per lo sviluppo nel diritto delle Nazioni Unite*, Napoli, 1977, p. 159 ss., benché risalente, resta insuperata.

[65] Informazioni esaustive sul Comitato e le sue attività sono reperibili all'indirizzo http://www.fao.org/cfs/cfs-home/fr. In tema v. M. MARGULIS, *Global Food Security Governance: The Committee on World Food Security, Comprehensive Framework for Action and the G8/G20*, in R. RAYFUSE, N. WEISFELT (a cura di), *The Challenge of Food Security. International Policy and Regulatory Frameworks*, Cheltenham-Northampton, 2012, p. 231 ss.

[66] Cfr. http://www.unscn.org.

[67] Su cui torneremo tra breve. V. *infra* nota 87 e testo corrispondente.

[68] Équipe spéciale de haut niveau du Secrétaire général sur la cirse mondiale de la sécurité alimentaire: http://www.un.org/french/issues/food/taskforce.

[69] Per informazioni complete sui membri v. http://www.fao.org/cfs/cfs-home/cfs-about/cfs-members/fr.

[70] Il Groupe d'experts de haut niveau sur la sécurité alimentaire et la nutrition

Non si possono poi trascurare il Gruppo inter-agenzia e di esperti sugli indicatori degli Obiettivi del Millennio[71], l'ormai disciolto «Millennium Project», un organo consultivo indipendente diretto da Jeffrey D. Sachs, già Consigliere speciale di Kofi Annan per gli Obiettivi del Millennio[72], il Gruppo di riflessione sul ritardo accumulato nella realizzazione degli Obiettivi del Millennio[73], il già menzionato Gruppo di personalità di alto livello incaricato del programma di sviluppo per il dopo-2015[74], e infine il Gruppo di lavoro aperto sugli Obiettivi dello sviluppo sostenibile che, costituito in seno all'Assemblea generale delle Nazioni Unite, sta elaborando un'altra solenne *wish-list* da realizzare entro il 2030[75].

Questo intrico di apparati leggeri produce un imponente flusso di letteratura grigia e di *soft law*, ripetitivo ed enfatico, e oggi in parte confluente nel *Quadro strategico mondiale per la sicurezza alimentare e la nutrizione*, un testo periodicamente aggiornato dal CSA, che tuttavia non sembra dedicarvi eccessiva cura[76]. Nonostante il titolo magniloquente, il testo in questione è solo una collazione di atti e documenti già noti, eterogenei e in parte superati, è ridondante sino all'inverosimile, include un piccolo fiore di "buone pratiche" ed è persino impreziosito – come vedremo – da un errore molto imbarazzante[77]. «Le principal intérêt de ce document est d'offrir un cadre général et un document de référence unique contenant des conseils pratiques pour les recommandations essentielles concernant les stratégies…»[78]. Questa la chiarezza di stile e d'intenti che offre al primo sguardo lo specchio del *consensus* mondiale in tema di sicurezza alimentare. Non si ha peraltro notizia di gravi dissidi a tali "altitudini". Visto il contributo dei sempre più numerosi gruppi ed *équipes* «di alto livello», se è vero che ««tout ce qui monte, converge»,

(HLPE) ha un proprio sito, ricco di informazioni: http://www.fao.org/cfs/cfs-hlpe/fr.

[71] Qualche ragguaglio sul Groupe d'experts inter-agence sur les indicateurs des Objectifs du Millénaire pour le développement è reperibile all'indirizzo http://mdgs.un.org/unsd/mdg/Default.aspx.

[72] La documentazione dei lavori del Millennium Project è reperibile all'indirizzo http://www.unmillenniumproject.org.

[73] Cfr. *L'état du partenariat mondial pour le développement. Rapport du Groupe de réflexion sur le retard pris dans la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement*, New York, 2014, reperibile all'indirizzo http://www.undp.org/content/undp/fr/home/librarypage/mdg/mdg-gap-task-force-report.html.

[74] V. *supra*, nota 27 e testo corrispondente.

[75] Notizie sul Gruppo di lavoro e i documenti da esso sin qui approvati sono reperibili all'indirizzo https://sustainabledevelopment.un.org/owg.html.

[76] *Cadre stratégique mondial pour la sécurité alimentaire et la nutrition. Troisième version*, 2014, reperibile all'indirizzo http://www.fao.org/cfs/cfs-home/global-strategic-framework/fr.

[77] V. *infra*, paragrafo 6.

[78] *Cadre stratégique mondial pour la sécurité alimentaire et la nutrition*, cit., p. 6.

come sosteneva il teologo francese Pierre Teilhard de Chardin (1881-1955), non dovrebbe stupire la vacua compattezza dell'*output* pseudo-normativo che si deposita nelle pagine del *Quadro strategico*.

Nell'era della frammentazione, e del persistente pluralismo nel campo dell'organizzazione internazionale, il pensiero del giurista si rivolge istintivamente alle tecniche formali di coordinamento delle competenze o di risoluzione di eventuali conflitti normativi. Preoccupazioni inutili, queste, quando si ha a che fare con l'omogenea colluvie del *soft law*, che tutto è, salvo l'anticamera del diritto internazionale[79]. Si tratta, piuttosto, di antimateria normativa, il cui espandersi consegna alla fantapolitica l'idea, recentissima ma in realtà vecchia, di concludere un «International Food Security Treaty (IFST)» che, istituendo un «World Food Reserve and Resource Center (WFRRC)», doterebbe la comunità internazionale di uno strumento di risposta rapida alle crisi alimentari che colpiscono periodicamente le aree più povere del pianeta. Il direttore della IFST Campaign, John Teton, crede che il mondo debba essere incitato a sollevare «the arm of the law lying listlessly at its side»[80]. Il sito Internet della campagna per il Trattato sulla sicurezza alimentare internazionale esibisce, in effetti, un pallore cadaverico[81].

Su questo vasto «marécage du droit mou» – l'espressione è di Monique Chémillier-Gendreau[82] – ancora aleggiano, uniche norme giuridiche superstiti, i diritti dell'uomo. Al *consensus bonorum omnium* cui dà voce la letteratura grigia è in effetti funzionale una rappresentazione del diritto internazionale non solo sottotono, ma anche deformata, che ne evidenzia cioè gli aspetti edificanti, come il diritto di sfamarsi di cui ogni individuo è indiscutibilmente titolare, mentre cela i dispositivi giuseconomici che possono "colposamente" ostacolarne il godimento[83].

[79] V., per alcune sintetiche considerazioni sul punto, L. GRADONI, *L'ideologia del diritto internazionale e l'invasione degli ultracorpi*, in *Jura Gentium*, 2011, p. 40 ss. Per una diversa concezione della funzione ordinamentale del *soft law*, cfr. G. VENTURINI, *Diritto allo sviluppo e Obiettivi del Millennio nella prospettiva della tutela dei diritti umani*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 175 ss., p. 187. Cfr., infine, per una positiva valutazione del *soft law* in tema di sicurezza alimentare, S. SÖLLNER, *The "Breakthrough" of the Right to Food: The Meaning of General Comment No. 12 and the Voluntary Guidelines for the Interpretation of the Human Right to Food*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2007, p. 391 ss., pp. 415-416.

[80] J. TETON, *The Armless Hand: The Call for Anti-hunger Law and the International Food Security Treaty*, in *Yale Journal of International Affairs*, 2012, p. 87 ss., p. 94.

[81] Cfr. http://www.treaty.org.

[82] M. CHEMILLIER-GENDREAU, *La tradition européenne du droit international*, in *Baltic Yearbook of International Law*, 2006, p. 37 ss.

[83] V., in questo senso, J. MOWBRAY, *The Right to Food and the International Eco-*

La prospettiva è, ancora una volta, individualistica: il singolo, artefice del proprio destino, nelle avversità è soccorso dalla consapevolezza di essere titolare di diritti umani internazionalmente protetti. L'art. 25 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo riconosce che ogni persona «a droit à un niveau de vie suffisant pour assurer sa santé, son bien-être et ceux de sa famille, notamment pour l'alimentation»[84]. L'art. 11, par. 2, del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, enuclea «le droit fondamental qu'a toute personne d'être à l'abri de la faim»[85].

Il Patto, questo testo degli anni Sessanta dai sentori terzomondisti, proseguirebbe insistendo sulla necessità di combattere la fame con misure internazionalmente concertate, nell'ambito di «programmes concrets». Tuttavia, quando il diritto al cibo, vent'anni dopo l'entrata in vigore del Patto, appare sotto i riflettori – il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali gli dedicherà un'Osservazione generale nel 1999[86] – il suo originario *pendant* "organizzativo", irrimediabilmente invecchiato, rimane in ombra. La creazione, nel 2000, dell'ufficio di Relatore speciale delle Nazioni Unite per il diritto al cibo[87], sugella il transito da una prospettiva incentrata sulle carenze politico-istituzionali dell'ordinamento *internazionale* a una che, mettendo al centro l'individuo titolare di diritti fondamentali e quindi creditore di determinate prestazioni, si concentra da un lato sulle eventuali inadempienze del debitore più prossimo – lo Stato territoriale – e d'altro canto responsabilizza lo stesso individuo come possibile protagonista di salvifiche iniziative giudiziarie. La sicurezza alimentare, un tempo pensata come traguardo irraggiungibile senza uno sforzo di riorganizzazione dei rapporti economici internazionali, diviene così «corollario» – questa la sintomatica espressione utilizzata dal primo Relatore speciale – di un diritto individuale al cibo tutelabile in sede giu-

nomic System: An Assessment of the Rights-based Approach to the Problem of World Hunger, in *Leiden Journal of International Law*, 2007, p. 545 ss.; e, in estrema sintesi, P. ROSSET, *Preventing Hunger: Change Economic Policy*, in *Nature*, 2011, p. 472 ss.

[84] *Déclaration universelle des droits de l'homme*, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con ris. 217 A (III) del 10 dicembre 1948.

[85] *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con ris. 2200 A (XXI) del 16 dicembre 1966 ed entrato in vigore il 3 gennaio 1976.

[86] *Observation générale 12: le droit à une nourriture suffisante*, E/C.12/1999/5, 12 maggio 1999.

[87] Per informazioni sulla creazione dell'ufficio e la definizione del relativo mandato, v. il rapporto preliminare del suo primo detentore: *Le droit à l'alimentation. Rapport établi par. M. Jean Ziegler, Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, conformément à la résolution 2000/10 de la Commission des droits de l'homme*, E/CN.4/2001/53, 7 febbraio 2001, p. 5.

diziaria[88]. Questa prospettiva individualistica era del resto già adombrata nel concetto di sicurezza alimentare accolto nel Piano d'azione varato dal Vertice mondiale sull'alimentazione tenutosi a Roma nell'autunno del 1996: «La sécurité alimentaire existe lorsque tous les êtres humains ont, à tout moment, un accès physique et économique à une nourriture suffisante, saine et nutritive leur permettant de satisfaire leurs besoins énergétiques et leurs préférences alimentaires pour mener une vie saine et active»[89].

Così, mentre il diritto al cibo ispira esegesi ufficiali non prive di accenti lirici[90], cui fa peraltro da contraltare la tendenza a definire il più fondamentale diritto «d'être à l'abri de la faim» in termini sbrigativi e propizi alle manipolazioni statistiche[91], la lotta alla fame è affidata alla mobilitazione di vittime coscienti dei propri diritti che, seppure non potrà assumere le dimensioni di una *levée en masse*, fornisce già materiale per una luminosa aneddotica[92]. Lo stesso Relatore speciale calca questo palcoscenico, sia come paladino delle vittime, quando egli stesso usa le sue prerogative per mettere in mora uno Stato presunto offensore[93], sia come individuo solo ed esposto all'arroganza del potere, non appena abbandona l'ambito di sua stretta competenza per interessarsi di diritto internazionale dell'economia: è difficile dimenticare il duro scontro tra Olivier De Schutter, Relatore speciale dal 2008 al 2014, e Pascal Lamy, quando questi era Direttore generale dell'OMC[94].

[88] *Ibidem*, p. 8, par. 15. Alla logica della duplice responsabilizzazione dell'individuo e dello Stato territoriale, cui consegue una deproblematizzazione del "livello internazionale", sono chiaramente ispirate le *Directives volontaires à l'appui de la concrétisation progressive du droit à une alimentation adéquate dans le contexte de la sécurité alimentaire nationale*, testo ostentatamente non vincolante adottato dal Consiglio della FAO nel 2004 e *pièce maîtresse* del *Cadre stratégique mondial pour la sécurité alimentaire et la nutrition*, cit., p. 13. Il testo delle *Directives* è reperibile all'indirizzo http://www.fao.org/3/a-y9825f.pdf.

[89] *Plan d'action du Sommet mondial de l'alimentation*, 13 novembre 1996, par. 1 (reperibile all'indirizzo http://www.fao.org/wfs/index_fr.htm).

[90] Cfr. *Le droit à l'alimentation. Rapport établi par. M. Jean Ziegler*, cit., p. 8, par. 14: «le droit à l'alimentation est le droit d'avoir un accès régulier, permanent et libre, soit directement, soit au moyen d'achats monétaires, à un nourriture quantitativement et qualitativement adéquate et suffisante, correspondant aux traditions culturelles du peuple dont est issu le consommateurs, et qui assure une vie psychique et physique, individuelle et collective, libre d'angoisse, satisfaisante et digne».

[91] *L'état de l'insécurité alimentaire dans le monde 2012*, cit., p. 56.

[92] V., per tutti, C. GOLAY, *Droit à l'alimentation et accès à la justice*, Bruxelles, 2011, p. 145 ss.

[93] Cfr. *Rapport intérimaire du Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, M. Olivier De Schutter*, A/68/288, 7 agosto 2013, pp. 7-8, par. 13.

[94] Cfr. https://www.wto.org/french/news_f/news11_f/agcom_14dec11_f.htm.

Ciò detto, nessuno potrebbe credere in una via giudiziaria alla sconfitta della fame, se non altro a causa delle dimensioni del fenomeno. È ovvio, quindi, che l'entrata in vigore del Protocollo facoltativo relativo al Patto sui diritti economici, sociali e culturali, che introduce tre distinte procedure di controllo del rispetto dei tali diritti, ivi compreso il diritto al cibo, non muta il quadro della situazione[95]. Aprendo la via alle "comunicazioni individuali", il Protocollo realizza, a distanza di molti anni, un parziale allineamento al sistema di tutela "universale" dei diritti civili e politici. Esso ha però raccolto, almeno sinora, poche ratifiche e adesioni, meno di tre all'anno, e vincola diciassette Stati – Argentina, Belgio, Bolivia, Bosnia-Erzegovina, Capo Verde, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Finlandia, Gabon, Guatemala, Mongolia, Montenegro, Portogallo, Slovacchia, Spagna e Uruguay – che insieme rappresentano un esiguo 2,6% della popolazione mondiale. Gli Stati dell'Africa e dell'Asia sudorientale, ossia le regioni più colpite dalla fame, sono poco o punto presenti tra i contraenti. Solo quattro di questi hanno peraltro accettato, ai sensi degli artt. 10 e 11 del Protocollo, di esporsi anche a reclami interstatali e a inchieste che il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali potrebbe avviare qualora riceva notizie di violazioni gravi o sistematiche, due ulteriori strumenti di controllo facoltativi anche per gli Stati

[95] *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, adottato dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con ris. 63/117 del 10 dicembre 2008 ed entrato in vigore il 5 maggio 2013. In tema v., *ex multis*, O. DE SCHUTTER, *Le Protocole facultatif au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, in *Revue belge de droit international*, 2006, p. 7 ss.; P. GARGIULO, *Il protocollo facoltativo al patto sui diritti economici, sociali e culturali*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), Liber *Fausto Pocar*, 2 voll., Milano, 2009, Vol. 1 – *Diritti individuali e giustizia internazionale*, p. 339 ss.; B. WILSON, *Quelques réflexions sur l'adoption du Protocole facultatif se rapportant au pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, p. 295 ss.; L. CHENWI, *Correcting the Historical Asymmetry between Rights: The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in *African Human Rights Law Journal*, 2009, p. 23 ss.; A. VANDENBOGAERDE, V. WOUTER, *The Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: An Ex Ante Assessment of Its Effectiveness in Light of the Drafting Process*, in *Human Rights Law Review*, 2010, p. 207 ss.; P. TEXIER, *Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels: vers une véritable indivisibilité des droits de l'homme?*, in D. ROMAN (a cura di), *La justiciabilité des droits sociaux: vecteurs et résistances*, Paris, 2012, p. 179 ss.; D.A. DESIERTO, C.E. GILLESPIE, *Evolutive Interpretation and Subsequent Practice: Interpretive Communities and Processes in the Optional Protocol to the ICESCR*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2013, p. 549 ss.; R. RIQUELME CORTADO, *El Protocolo facultativo del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales entre en vigor: centro neurálgico para la judicialización de esta gama de derechos*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2014, p. 3 ss.

che hanno sottoscritto… il Protocollo facoltativo[96]. Dinanzi al Comitato pendono attualmente tre comunicazioni individuali, nessuna delle quali concerne il diritto al cibo[97]. Ed è appena il caso di ricordare che le decisioni del Comitato non vincolano lo Stato autore delle violazioni eventualmente accertate. Ciò nonostante, l'approccio *droit-de-l'hommiste* al problema della fame resta dominante e i suoi fautori più che mai inclini a costruire mondi giuridici paralleli.

5. *I diritti dell'uomo in lotta contro la fame (*rêverie*)*

Si è già in parte notato che al diffondersi di un discorso incentrato sul diritto individuale al cibo corrisponde un'evidente debolezza, se non addirittura l'assenza, dell'infrastruttura giuridica necessaria a realizzarlo. Ci si riferisce qui non tanto alle istituzioni internazionali preposte al controllo del rispetto del diritto in questione, di cui s'è già detto l'essenziale, quanto piuttosto all'esistenza, tutta da verificare, di un tessuto di norme ausiliarie che identifichino i soggetti su cui gravano gli obblighi correlativi, come pure il contenuto di tali obblighi, di modo che interpreti e decisori possano procedere a imputazioni di responsabilità non arbitrarie. Ed è proprio esplorando questo versante che si incontrano le lacune più vistose e anche, guarda caso, fantasiosi tentativi di sopperirvi.

Nella realizzazione del diritto al cibo l'onere maggiore (o prioritario) spetta allo Stato territoriale. È tuttavia noto che i problemi più acuti emergono quando quest'ultimo non possiede le risorse necessarie a garantire la sicurezza alimentare nell'ambito della propria giurisdizione. In questi casi, in realtà assai frequenti, è possibile sostenere che sorga un obbligo di assistenza in capo ad altri soggetti, siano essi Stati, organizzazioni internazionali o imprese private, il cui comportamento potrebbe peraltro essere all'origine della crisi e concausa del suo perpetuarsi?

Mentre i testi normativi di riferimento, a cominciare dal Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali, non offrono appigli sicuri in proposito, la prassi – che è tutta nel segno degli impegni solenni ma non vincolanti, delle graziose concessioni, o della più assoluta indifferenza – non sembra autorizzare costruzioni ardite. Ciò nonostante, insigni esperti hanno ultimamente preso a cuore l'idea secondo cui obblighi correlativi al diritto al cibo graverebbero su soggetti diversi dallo

[96] Si tratta di Belgio, El Salvador, Finlandia e Portogallo.

[97] Succinte informazioni all'indirizzo http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CESCR/Pages/PendingCases.aspx.

Stato territoriale. Un ruolo-chiave, in questo ambito, è svolto dal Consortium ETOs (la sigla sta per «extraterritorial obligations»), la cui filosofia, *in nuce*, è che «human rights have been locked up behind domestic bars to prevent their universal application to globalization», e che il concetto di obblighi extraterritoriali, come un mazzo di chiavi pendente dalla tasca di un secondino appisolatosi a un passo dalla cella, è a portata di mano, «to unlock human rights»[98]. Per la verità, la strategia comunicativa dell'associazione oscilla tra la giaculatoria *de iure condendo* – «ETOs are a missing link»![99] – e la sapienziale rilevazione di soluzioni normative "chiavi in mano", il cui risultato più notevole è oggi rappresentato dai *Principi di Maastricht relativi agli obblighi extraterritoriali degli Stati nell'ambito dei diritti economici, sociali e culturali*[100].

Il testo, adottato nel 2011 al termine di una conferenza organizzata dall'Università di Maastricht e dalla International Commission of Jurists, si presenta al lettore come un autorevole esercizio di codificazione: «[i]ssus du droit international», recita il preambolo, «ces principes ont pour objectif de clarifier le contenu des obligations extraterritoriales qu'ont les Etats de réaliser les droits économiques, sociaux et culturels, afin de promouvoir et de donner plein effet aux buts de la Charte des Nations Unies et du droit international relatif aux droits de l'homme»[101].

Bisogna ammettere che il *corpus iuris* dei diritti economici, sociali e culturali, nella misura in cui si rispecchia nel Patto internazionale a essi dedicato, offre un appiglio a chi vuole annettergli una sostanziosa dimensione extraterritoriale. È noto, infatti, che mentre l'art. 2, par. 1, del

[98] Cfr. http://www.etoconsortium.org/en.

[99] Si veda http://www.etoconsortium.org/en/etos.

[100] Il testo dei *Principi* è reperibile in varie lingue al seguente indirizzo: http://www.etoconsortium.org/en/library/maastricht-principles. Ne esiste un commentario "ufficiale": O. DE SCHUTTER, A. EIDE, A. KHALFAN, M. ORELLANA, M. SALOMON, I. SEIDERMAN, *Commentary to the Maastricht Principles on Extraterritorial Obligations of States in the Area of Economic, Social and Cultural Rights*, in *Human Rights Quarterly*, 2012, p. 1084 ss. Il documento che citeremo d'ora in poi, i *Principes de Maastricht relatifs aux obligations extraterritoriales dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels*, è reperibile all'indirizzo https://www.fidh.org/IMG/pdf/maastricht-eto-principles-fr_web.pdf. Per commenti v. A. VITERBO, *L'applicazione extraterritoriale del Patto internazionale sui diritti economici, sociali e culturali: i Principi di Maastricht del 2011*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2012, p. 169 ss.; B. COURTIS, M. SEPÚLVEDA, *Are Extra-territorial Obligations Reviewable under the Optional Protocol to the ICESCR?*, in *Nordisk tidsskrift for menneskerettigheter*, 2009, p. 54 ss., p. 57. Si vedano, inoltre, i saggi raccolti nel volume M. LANGFORD, W. VANDENHOLE, W. VAN GENUGTEN (a cura di), *Global Justice, State Duties: The Extraterritorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, Cambridge, 2013.

[101] *Principes de Maastricht relatifs aux obligations extraterritoriales dans le domaine des droits économiques, sociaux et culturels*, cit., p. 5.

Patto internazionale sui diritti civili e politici delimita spazialmente l'impegno dei contraenti riferendolo a «tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence», la corrispondente disposizione dell'altro Patto non solo contempla limiti di tutt'altro genere – in particolare la definizione dei diritti come precetti da realizzare in modo progressivo e commisurato alle risorse che il singolo Stato è in grado di mobilitare – ma sembra alludere a un adempimento "assistito" o persino "collettivo", quando accenna all'impegno che ciascun contraente dovrà onorare «tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales». È però assai dubbia la possibilità di desumere da tale inciso obblighi di assistenza o di cooperazione a carico di Stati diversi dallo Stato territoriale (o comunque titolare della "giurisdizione") e quindi, in questo senso, extraterritoriali.

Come subito vedremo, infatti, persino un interprete autorevole e presumibilmente incline a "potenziare" i diritti enunciati nel Patto – il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali – sembra rigettare questa ipotesi, preferendo addossare allo Stato territoriale l'*ulteriore obbligo* (strumentale) di sollecitare e assecondare l'intervento di altri Stati. Ciò nonostante, i *Principi di Maastricht* – che pure, come si è detto, pretenderebbero di ricalcare il diritto vigente – si aprono con affermazioni lapidarie come questa: «[t]ous les États ont l'obligation de respecter, de protéger et de mettre en œuvre les droits de l'homme, y compris les droits civils, culturels, économiques, politiques et sociaux, à la fois sur et en dehors de leur territoire»[102].

La "codificazione" di Maastricht esprime tale obbligo in termini particolarmente impegnativi, finanche precauzionali, per cui gli Stati sarebbero tenuti a «cesser tout acte ou omission qui crée un risque réel de rendre impossible ou de nuire à la jouissance des droits économiques, sociaux et culturels en dehors de leur territoire», tenendo conto che «[u]ne incertitude quant aux effets potentiels» del loro agire non li giustificherebbe[103]. Gli Stati dovrebbero inoltre astenersi da qualsiasi comportamento – detto «ingerenza indiretta» – suscettibile di «ridurre la capacità» di un altro Stato (o di un'organizzazione internazionale) di garantire i diritti in questione[104]. Non è tutto. Gli Stati sarebbero tenuti anche a disciplinare e sanzionare, nei limiti delle rispettive capacità, la condotta di soggetti privati, come le multinazionali, affinché non nuoc-

[102] *Ibidem*, p. 6, principio 3.
[103] *Ibidem*, p. 7, principio 13.
[104] *Ibidem*, p. 8, principio 21 *a*).

ciano al godimento dei diritti economici, sociali e culturali nei Paesi in cui operano[105].

Il documento è più incerto sul tema del coordinamento degli sforzi e dell'imputazione delle responsabilità: «[l]es États doivent se coordonner entre eux, y compris au niveau de l'attribution des responsabilités», fermo restando che la loro eventuale inerzia – in realtà endemica! – «ne dispense pas un État de donner effet à ses obligations extraterritoriales propres»[106]. Oltre a ciò, a titolo residuale si prevede un principio di sussidiarietà, o di surroga, secondo cui è lo Stato territoriale che, per primo, deve attivarsi allo scopo di tutelare i diritti fondamentali, «au maximum des ses capacités», capacità il cui esaurimento autorizza – anzi *impone* – l'intervento di un altro Stato (o di più Stati, preferibilmente coordinati tra loro), in ragione «des ressources dont il dispose et de son influence dans les processus décisionnels internationaux»[107].

Per dissipare questa fantasticheria, raffinata ma a tratti necessariamente nebulosa, a causa dell'assenza di addentellato nella *realtà* istituzionale, basterebbe scorrere l'Osservazione generale che il Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, sul finire del secolo scorso, ha dedicato al diritto al cibo. Essa non contiene concessione alcuna alla presunta dimensione extraterritoriale degli obblighi correlativi[108]. Per il Comitato, il mancato sostegno internazionale può configurarsi, a certe condizioni, come circostanza escludente l'illecito *dello Stato territoriale*, non come condotta antigiuridica di altri Stati o di organizzazioni internazionali competenti, le cui situazioni giuridiche sono invece sempre definite ricorrendo a prudentissimi condizionali («dovrebbero» intervenire, aiutare, non ostacolare l'adempimento, ecc.)[109].

A tali circostanze non si dà alcun peso in una recente monografia sul tema della tutela giudiziaria del diritto al cibo, firmata da Christophe Golay, *ex*-collaboratore di Jean Ziegler, e prefata da Olivier De Schutter (il quale, per inciso, è stato membro del collettivo che ha elaborato i *Principi di Maastricht*). Golay fonda la "positività" degli obblighi extraterritoriali su un *non sequitur*. A suo avviso, l'onere di richiedere assistenza che grava sullo Stato territoriale ha per *corollario* l'obbligo delle altre parti contraenti di prestarla[110]. Sembra tuttavia che l'autore non creda si-

[105] *Ibidem*, p. 9, principio 24.
[106] *Ibidem*, p. 10, principio 30.
[107] *Ibidem*, principio 31.
[108] *Observation générale 12: le droit à une nourriture suffisante*, cit.
[109] *Ibidem*, par. 17, 19, 36, 37 e 41.
[110] C. GOLAY, *Droit à l'alimentation et accès à la justice*, cit., p. 101, ove si afferma che «corollaire de cette obligation est l'obligation de coopération et d'assistance qui est imposée aux autres États parties».

no in fondo a quel che scrive: poco oltre, infatti, avverte il bisogno di citare, a sostegno della tesi, il generico obbligo di cooperazione desumibile dagli artt. 55 e 56 della Carta delle Nazioni Unite. Afferma, inoltre, e senza menzionare alcuna fonte, che l'obbligo di ogni Stato di tutelare il diritto al cibo "oltreconfine" sarebbe stato riconosciuto «par plusieurs Etats», accennando tuttavia a un solo caso: una presa di posizione della Repubblica ceca, dove peraltro il presunto obbligo è descritto con il solito prudentissimo condizionale[111]. Secondo Golay, ciò non toglie, e anzi conferma, che la dimensione extraterritoriale dell'obbligo è «particulièrement contraignante pour la réalisation du droit à l'alimentation et du droit à être à l'abri de la faim», conclusione che egli stesso di fatto smentisce quando dichiara – pudicamente in nota – che «[n]ous ne développerons pas en détail cette obligation de coopération et d'assistance internationales dans notre ouvrage, principalement car elle est très difficilement justiciable»![112]

Analisi consimili rischiano di screditare l'idea che propugnano[113]. La loro linea "esegetica", cioè volta a ricavare il massimo contenuto precettivo dai trattati in materia di diritti umani e dagli atti non vincolanti adottati dai relativi organismi di tutela, è inoltre metodologicamente discutibile, perché, fermandosi agli astratti proclami che gli Stati emettono nelle sedi dov'è *de mise* magnificare l'impatto dei diritti individuali, trascura la *prassi* degli stessi soggetti in altri ambiti dell'ordinamento internazionale[114].

[111] *Ibidem*, p. 102.

[112] *Ibidem*, pp. 102-103, nota 431.

[113] Ciò vale anche per S.I. SKOGLY, *Right to Adequate Food: National Implementation and Extraterritorial Obligations*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2007, p. 339 ss., p. 358, il quale, dopo aver affermato l'esistenza di obblighi estraterritoriali correlativi al diritto al cibo, riconosce che, «[n]evertheless, the accountability and remedy structures to hold such foreign obligation-holders accountable have not been sufficiently developed. This is a challenge to the development of international human rights law in the future, as the lack of remedy structures, both formal and informal, for holding such actors to account, severely hampers the efforts to ensure global enjoyment of the right to adequate food». Cfr., altresì, C. RICCI, *International Law as a Meta-framework for the Protection of the Right to Food*, in A. LUPONE, C. RICCI, A. SANTINI (a cura di), *The Right to Safe Food: Towards a Global Governance*, Torino, 2013, p. 9 ss., pp. 22-24; M. DISTEFANO, *La globalizzazione agricola tra esigenze di liberalizzazione degli scambi e tutela dei diritti umani*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 301 ss., p. 309; M.S. CARMONA, *The Obligation of "International Assistance and Cooperation" under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A Possible Entry Point to a Human Rights-based Approach to Millennium Development Goal 8*, in *International Journal of Human Rights*, 2009, p. 86 ss.

[114] In ciò può forse ravvisarsi una tendenza alla chiusura specialistica da parte degli

Per valutare l'effettiva consistenza degli impegni che gli Stati sono pronti ad assumere in rapporto alle esigenze alimentari di individui e collettività situati oltreconfine, è utile gettare uno sguardo alla prassi dei Membri dell'OMC, cominciando da un'ormai quasi dimenticata (e in parte superata) decisione presa a Marrakech nel 1994, nella consapevolezza che la liberalizzazione del commercio dei prodotti agricoli, ancorché parziale, avrebbe provocato, soprattutto a causa dell'obbligo di ridurre le sovvenzioni all'agricoltura, un aumento dei prezzi internazionali di entità tale da ostacolare l'approvvigionamento nei Paesi meno avanzati e nei Paesi in via di sviluppo importatori netti di derrate alimentari[115]. Le misure prese per contrastare questo rischio sono state tuttavia inconsistenti[116]. I futuri Membri dell'OMC si sono impegnati a «prendere pienamente in considerazione», nel quadro dei rispettivi programmi di aiuto, le richieste di assistenza tecnica e finanziaria avanzate dai Paesi esposti al rischio, allo scopo di contribuire a incrementare la produttività del settore agricolo e quindi il livello di autosufficienza alimentare[117]. A parte ciò, essi si sono limitati a delegare agli organi della Convenzione sull'aiuto alimentare del 1986[118] – oggi sostituita dalla Convenzione sull'assistenza alimentare, conclusa a Londra il 25 aprile 2012 ed entrata in vigore il 1° gennaio 2013[119] – ogni valutazione circa il volume degli

esperti di diritto internazionale dei diritti dell'uomo. Per un'analisi della prassi "senza filtri", quindi più realistica, v. invece P. DE SENA, *Fondo monetario internazionale, Banca mondiale e rispetto dei diritti dell'uomo*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia*, cit., p. 829 ss.

[115] V. *Décision sur les mesures concernant les effets négatifs possibles du programme de réforme sur les Pays les moins avancés et les Pays en développement importateurs nets de produits alimentaires*, adottata dal Comitato dei negoziati commerciali il 14 aprile 1994.

[116] Cfr. B.J. BAY, *The World Trade Organization and the Millennium Development Goals: The Role of Multilateral Trade Negotiations in Achieving Food Security for the World's Most Vulnerable Populations*, in *Georgetown Journal of International Law*, 2011-2012, p. 165 ss.

[117] *Décision sur les mesures concernant les effets négatifs possibles du programme de réforme sur les Pays les moins avancés et les Pays en développement importateurs nets de produits alimentaires*, cit., par. 3 iii).

[118] *United Nations Treaty Series*, vol. 1429, p. 71 ss. La Convenzione, conclusa a Londra il 13 marzo 1986, entrata in vigore il 1° luglio successivo ed estintasi il 30 giugno 1995, è stata alcuni anni dopo rimpiazzata da una seconda Convenzione sull'aiuto alimentare (*ibidem*, vol. 2073, p. 135 ss.), firmata a Londra il 13 aprile 1999, entrata in vigore il 1° luglio dello stesso anno ed estintasi per unanime volontà dei contraenti il 30 giugno 2012. Per un'analisi del testo previgente v. C. BENSON, *The Food Aid Convention: An Effective Safety Net?*, in E.J. CLAY, O. STOKKE (a cura di), *Food Aid and Human Security*, London, 2000, p. 102 ss.; R. ZHANG, *Food Security: Food Trade Regime and Food Aid Regime*, in *Journal of International Economic Law*, 2004, p. 565 ss.

[119] Il testo della Convenzione è reperibile all'indirizzo https://treaties.un.org/

aiuti utili ad attenuare eventuali difficoltà di approvvigionamento sul mercato. Ai Membri del Comitato per l'assistenza alimentare, nel quale sono rappresentati tutti i contraenti della Convenzione di Londra, si chiede semplicemente di «esaminare» la questione, tenendo conto delle conseguenze negative dell'Accordo dell'OMC sull'agricoltura, e di adottare «linee direttrici» volte a promuovere la concessione di condizioni di particolare favore ai Paesi colpiti[120]. Ciò significa che tutto è rimesso alla buona volontà di un pugno di Stati.

L'art. 12 della Convenzione sull'assistenza alimentare, infatti, riserva la capacità di aderire all'Unione europea e ai suoi Stati membri, oltre che a sette Paesi extraeuropei, inclusi alcuni dei principali esportatori di derrate alimentari[121]. A quasi due anni dall'entrata in vigore della Convenzione, tuttavia, solo 14 dei 37 potenziali contraenti vi hanno aderito, tra i quali per ora non figura il Paese organizzatore dell'Esposizione universale 2015, il cui motto è «Nutrire il pianeta»[122]. I contraenti restano peraltro liberi di stabilire in che misura fornire assistenza, notificando entro tre mesi dall'adesione un «impegno annuale minimo», modificabile a piacimento allo scadere di ogni annualità[123]. L'obbligo è contratto nei confronti delle altre parti contraenti e non anche dei Paesi (potenziali) destinatari dell'assistenza[124]. In linea di principio, il contraente incapace di onorare i propri impegni vede la quota inevasa aggiungersi agli impegni dell'anno successivo, una "sanzione" automatica che può tuttavia essere elusa notificando per tempo una riduzione dell'impegno annuale minimo, oppure chiedendo un'esenzione al Comitato per l'assistenza alimentare, il quale può concederla per *consensus*, una regola decisionale che può apparire "garantista" nei confronti dei Paesi bisognosi di aiuto solo se si dimentica il carattere esclusivo e relativamente omogeneo del *club* che è chiamata a disciplinare[125]. Un'ulteriore facilitazione concessa ai contraenti consiste nella possibilità di anticipare

doc/source/signature/2012/CTC_XIX-48.pdf. Alla Convenzione è dedicato un sito Internet avaro di informazioni: http://foodassistanceconvention.org.

[120] *Décision sur les mesures concernant les effets négatifs possibles du programme de réforme sur les Pays les moins avancés et les Pays en développement importateurs nets de produits alimentaires*, cit., par. 3 i) e ii).

[121] Trattasi di Argentina, Australia, Canada, Giappone, Russia, Stati Uniti d'America e Svizzera.

[122] Trattasi di Australia, Austria, Canada, Danimarca, Finlandia, Giappone, Lussemburgo, Russia, Slovenia, Spagna, Stati Uniti d'America, Svezia, Svizzera, Unione europea. Per il motto «Nutrire il pianeta» cfr. http://www.expo2015.org/it/cos-e.

[123] Cfr. art. 5, paragrafi 1-5, della Convenzione.

[124] Ai sensi dell'art. 4 della Convenzione, la lista di tali Paesi è definita dal Comitato per l'aiuto allo sviluppo dell'OCSE.

[125] Cfr. art. 5, par. 13, della Convenzione.

l'adempimento sino a una quota del 5% degli impegni presi per l'anno successivo[126], un meccanismo di "sconto" che, assieme alle altre forme di flessibilità cui si è appena accennato, permette di rispondere alle sollecitazioni del mercato – fornendo più assistenza quando il prezzo delle derrate di base è meno remunerativo, e viceversa, diminuendo l'aiuto proprio quando più servirebbe! – anche se ciò significa disattendere lo scopo principale della Convenzione, ossia «contribuire alla sicurezza alimentare mondiale»[127].

Emblematica della sollecitudine con cui la comunità internazionale "organizzata" opera allo scopo di realizzare il diritto al cibo è anche la micragnosa decisione della Conferenza ministeriale dell'OMC sulla detenzione di scorte pubbliche a fini di sicurezza alimentare, adottata il 7 dicembre 2013 a Bali[128]. Si è già accennato al fatto che Olivier De Schutter, in qualità di Relatore speciale delle Nazioni Unite sul diritto al cibo, aveva segnalato alcuni possibili punti di frizione tra regole dell'OMC e le politiche di sostegno al settore agricolo da raccomandare agli Stati più esposti al flagello delle fame[129]. Non si trattava di denunciare una contraddizione che, in effetti, non c'è: l'Accordo sull'agricoltura mira a stabilire un sistema commerciale «axé sur le marché», senza però impedire che i Membri privilegino «considérations autre que d'ordre commercial, y compris la sécurité alimentaire»[130]. Il problema si pone piuttosto rispet-

[126] Cfr. art. 5, par. 14.

[127] Cfr. primo capoverso del preambolo. Questa prassi ha suscitato qualche preoccupazione anche in seno al Comitato dell'agricoltura dell'OMC, il quale, ai fini dell'attuazione della Decisione presa a Marrakech, nel 2001 aveva raccomandato ai Membri di mantenere, «dans la plus large mesure du possible, le niveau de leur aide alimentaire aux pays en développement … dans les périodes au cours desquelles les tendances des cours mondiaux des produits alimentaires de base sont à la hausse» (*Questions liées à la mise en œuvre. Rapport du Vice-Président au Conseil général*, G/AG/11, 28 settembre 2001, p. 3, par. 3). In tema v. C. DOWNES, *Must the Losers of Free Trade Go Hungry? Reconciling WTO Obligations and the Right to Food*, in *Virginia Journal of International Law*, 2007, p. 619 ss.

[128] *Décision de la Conférence Ministérielle de l'OMC sur la détention de stocks publics à des fins de sécurité alimentaire*, WT/MIN(13)/38, 7 dicembre 2013. Per un commento v. C. HÄBERLI, *After Bali: WTO Rules Applying to Public Food Reserves*, FAO Commodity and Trade Policy Research Working Paper No. 46, 2014, reperibile all'indirizzo http://www.fao.org/3/a-i3820e.pdf.

[129] O. DE SCHUTTER, *L'Organisation mondiale du commerce et l'Agenda sur la cirse mondiale de la sécurité alimentaire: placer la sécurité alimentaire au sommet du système commercial international*, Note d'information n°4, nov. 2011, p. 3 ss. (reperibile all'indirizzo http://www.srfood.org/fr/notes-d-information); per un approfondimento v., dello stesso a., *International Trade in Agriculture and the Right to Food*, in O. DE SCHUTTER, K.Y. CORDES (a cura di), *Accounting for Hunger. The Right to Food in the Era of Globalization*, Oxford-Portland, 2011, p. 137 ss.

[130] Cfr. 6° paragrafo del preambolo.

to a disposizioni dell'Accordo che, pur abilitando i Membri ad agire nell'interesse della sicurezza alimentare e in deroga ai principi di libera concorrenza, definiscono i relativi spazi di manovra in termini vaghi, aumentando il rischio di contestazioni dinanzi agli organi per la risoluzione delle controversie, rischio che, specialmente presso i governi degli Stati più poveri, può inibire l'adozione di misure di tutela[131].

L'art. 6, par. 2, dell'Accordo, per esempio, stabilisce che le sovvenzioni o altre forme di sostegno concesse da un Paese in via di sviluppo agli agricoltori «qui ont de faibles revenus ou sont dotés de ressources limitées» sono esentate da ogni vincolo, senza però precisare cosa debba intendersi per «scarso reddito» o «risorse limitate». Quanto alla detenzione di scorte pubbliche a fini di sicurezza alimentare, l'allegato 2 dell'Accordo prevede che la formazione delle scorte e la loro distribuzione dovranno avvenire acquistando e vendendo a prezzi di mercato, precisando che, qualora le autorità pubbliche decidano di fissare prezzi d'acquisto diversi – ossia maggiori, per sostenere il reddito dei produttori nazionali, in particolare i più poveri – la differenza tra il prezzo amministrato e quello di mercato deve essere presa in considerazione al fine di stabilire se il Membro in questione rispetta i suoi impegni di riduzione del sostegno all'agricoltura[132]. Quanto alla distribuzione delle scorte, essa può lecitamente avvenire a prezzi calmierati, a patto che lo scopo sia rispondere «aux besoins alimentaires des populations pauvres urbaines et rurales des pays en développement sur une base régulière à des prix raisonnable», una disposizione che aggiunge alla disciplina ulteriori elementi di indeterminatezza[133].

In risposta alle preoccupazioni suscitate da questa disciplina, che è al contempo puntigliosamente restrittiva e vaga, la Conferenza di Bali ha varato una «clausola di pace» che dovrebbe congelare il contenzioso sulle misure di sicurezza alimentare nell'attesa che l'OMC, in occasione della Conferenza ministeriale del 2017, individui una «soluzione permanente» a beneficio dei Paesi in via di sviluppo[134]. La moratoria è tuttavia circoscritta da numerose e complesse condizioni, che potrebbero esse stesse, paradossalmente, alimentare un contenzioso. La clausola, anzitutto, si applica solo al sostegno fornito in rapporto alle «cultures vivrières essentielles traditionnelles», concetto sfuggente, il cui significato è solo

[131] O. DE SCHUTTER, *L'Organisation mondiale du commerce et l'Agenda sur la cirse mondiale de la sécurité alimentaire*, cit., p. 3.

[132] Cfr. par. 3, nota 5, dell'allegato 2 dell'Accordo sull'agricoltura.

[133] *Ibidem*, nota 5&6.

[134] *Décision de la Conférence Ministérielle de l'OMC sur la détention de stocks publics à des fins de sécurité alimentaire*, cit., par. 1 e nota 1.

in parte chiarito da una nota a piè di pagina: «[c]ette expression désigne les produits agricoles primaires qui sont des aliments de base prédominant du régime traditionnel de la population d'un Membre en développement»[135]. In secondo luogo, essa fa salve solo le misure prese nell'ambito di *programmi* di stoccaggio *già esistenti* al momento dell'adozione della decisione, una restrizione che, oltre a incentivare l'inerzia, solleva lo spinoso problema della distinzione tra nuovi programmi e modifiche di programmi già esistenti. In terzo e ultimo luogo, la decisione sembra volersi applicare solo ai programmi conformi alle disposizioni di cui all'allegato 2 dell'accordo sull'agricoltura, cui si è appena accennato, il che appare contraddittorio non appena si consideri che tale conformità è il tema più probabile del contenzioso che la clausola di pace vuole inibire. Il principio dell'effetto utile, evidentemente, esclude questa interpretazione, ma non attenua la sensazione di una tregua concessa con estrema riluttanza[136]. L'occasione è stata peraltro propizia per "costringere" i Paesi in via di sviluppo a fare chiarezza sull'incidenza dei loro programmi di sicurezza alimentare sul sostegno che essi globalmente prestano al settore agricolo. L'adempimento di tale obbligo di trasparenza è, infatti, una delle condizioni imposte ai Membri che desiderino beneficiare della clausola di pace[137].

L'analisi sin qui svolta sembra indicare che, nell'ambito dell'OMC, come altrove, la sicurezza alimentare è un bene giuridico attorno al quale stenta a coagularsi un interesse collettivo. È quindi del tutto illusorio pensare che i singoli Stati si interessino sistematicamente della sicurezza alimentare oltre i propri confini, come invece prevedono alcune teorizzazioni "inflative" del *côté* extraterritoriale del diritto al cibo. La decisione presa a Bali dimostra che in seno all'OMC prevalgono esigenze di tutt'altro tipo, quella, in particolare, di sorvegliare il grado di compatibilità tra le politiche nazionali di sicurezza alimentare e la promozione della libera concorrenza nel settore dell'agricoltura. Non è il caso di stupirsene. Se, tuttavia, un interesse collettivo alla sicurezza alimentare prendesse corpo nella comunità internazionale, anche l'OMC sarebbe vero-

[135] *Ibidem*, par. 2 e nota 2.

[136] Sempre nella prospettiva dell'attuazione della Decisione di Marrakech, la Conferenza ministeriale di Doha aveva già dovuto preoccuparsi di "tenere a bada" quelle istanze: «[p]rie instamment les Membres de faire preuve de modération dans la contestation des mesures … pour promouvoir le développement rural et répondre de manière adéquate aux préoccupations concernant la sécurité alimentaire» (*Décision sur les questions et préoccupations liées à la mise en œuvre*, WT/MIN(01)/17, 14 novembre 2001, p. 2, par. 2.1).

[137] *Décision de la Conférence Ministérielle de l'OMC sur la détention de stocks publics à des fins de sécurité alimentaire*, cit., par 3.

similmente spinta a occuparsi della questione in una chiave diversa dall'attuale, per esempio concentrandosi sul problema delle restrizioni all'esportazione, le quali, com'è noto, negli ultimi anni hanno amplificato o persino innescato le impennate del prezzo di alcune derrate essenziali, creando gravi difficoltà di approvvigionamento in molti Paesi. L'attuale disciplina, infatti, si limita a prevedere che l'autore della restrizione tenga debitamente conto degli effetti negativi sui Paesi importatori, preannunci la misura al Comitato dell'agricoltura dell'OMC e accondiscenda a eventuali richieste di consultazione rivoltegli dei Membri potenzialmente danneggiati[138]. Di analogo tenore, quindi similmente blanda, è la disposizione che la Decisione di Bali dedica alle possibili ripercussioni "esterne" delle politiche nazionali di stoccaggio: il Membro che desideri beneficiare della tregua giudiziaria «veillera à ce que» gli acquisti compiuti nel quadro dei programmi notificati «n'aient pas d'effet défavorable sur la sécurité alimentaire d'autres Membres»[139].

C'è, qui, un evidente problema di azione collettiva: la politica di sicurezza alimentare di uno Stato può incrementare l'insicurezza alimentare in altri Stati. Una volta smarrita l'idea di un diritto internazionale della sicurezza alimentare, e quindi la spinta a organizzare l'azione collettiva contro la fame, a rispecchiare la consapevolezza di queste difficoltà restano però solo pallidi dispositivi di informazione e consultazione. C'è chi, contemplando questo deserto istituzionale, è colto dal miraggio di un'avvolgente rete di obblighi extraterritoriali. E poi c'è lo sguardo di chi, forse stanco di simili fantasie giuridiche, si abbandona alla contemplazione del "mero fatto", o meglio, di qualcosa che vuole apparire tale, mostrandosi come risultato misurabile di sforzi non concertati, liberi, ma stimolati da uno scopo condiviso e definito con assoluta precisione: è lo sguardo alienato che, nel buio, segue la fluttuazione degli indici della fame nel mondo, nell'attesa che la linea impatti l'Obiettivo del Millennio in tempo utile, entro il 2015, prima di proseguire la discesa verso il nuovo e più ambizioso traguardo del 2030.

[138] Art. XII, par. 1 dell'Accordo sull'agricoltura. Si noti peraltro che, ai sensi del par. 2 del medesimo articolo, un Paese in via di sviluppo è esentato dall'osservanza di tali minime prescrizioni, sempreché non sia un esportatore netto del prodotto colpito dalla misura restrittiva.

[139] *Décision de la Conférence Ministérielle de l'OMC sur la détention de stocks publics à des fins de sécurité alimentaire*, cit., par. 4.

6. *Un Obiettivo del Millennio ci sta raggiungendo*

È anche il mio sguardo. Potrei aver indugiato troppo su grafici e diagrammi. È venuto il momento di sgranchirsi le gambe, di stropicciarsi gli occhi, di salire nel bugigattolo del proiezionista e se possibile sbirciare nei luoghi dove si escogita il montaggio[140]. Ed ecco, a portata di mano, una copia del poderoso, e già citato, *Quadro strategico mondiale per la sicurezza alimentare e la nutrizione*, aperta casualmente a pagina 5, dove si racconta di un «engagement pris par la communauté internationale, dans la Déclaration du Millénaire, de réduire de moitié le nombre de personnes qui souffrent de la faim pour 2015»[141]. È falso.

Per capire fino a che punto è grave la leggerezza commessa dai compilatori del *Quadro strategico* si deve risalire al 1996, anno in cui il Vertice mondiale sull'alimentazione annuncia per gli anni a seguire «un effort continu afin d'éradiquer la faim dans tous les pays, avec l'intention immédiate de réduire de moitié le nombre des personnes sous-alimentées d'ici à 2015 au plus tard, étant entendu qu'un examen a mi-parcours sera réalisé pour vérifier s'il est possible d'atteindre cet objectif dès l'an 2010»[142]. Allora prevaleva un certo ottimismo: l'obiettivo di dimezzare *il numero* delle persone sottoalimentate entro il 2015 era ritenuto ampiamente alla portata della comunità internazionale, tanto che pareva ragionevole prepararsi a centrarlo con un lustro di anticipo. Con la Dichiarazione del Millennio, tuttavia, gli Stati hanno deciso di prefiggersi traguardi più modesti, di fatto sconfessando – senza clamore – le previsioni compiute e i solenni impegni politici presi solo quattro anni prima. Nel 2000 si è quindi deciso di «réduire de moitié, d'ici à 2015, la proportion de la population mondiale … des personnes qui souffrent de la faim». Cosa muta rispetto alla precedente promessa? Si tratta pur sempre di un dimezzamento con scadenza nel 2015. I "ritocchi", tuttavia, sono almeno tre.

Vi è anzitutto un cambiamento nella qualificazione dei soggetti da trarre in salvo: nel 1996 si trattava delle persone «sottoalimentate», mentre nel 2000 ci si concentra sulla categoria, verosimilmente meno ampia, di coloro che «soffrono la fame». Poiché tuttavia i documenti ufficiali non commentano questo slittamento semantico, presumerò che non abbia inciso sul computo. Vi è, in secondo luogo, una traslazione del *terminus*

[140] Cfr. G. DEBORD, *Commentaires sur la société du spectacle*, cit., p. 26: «Le secret généralisé se tient derrière le spectacle, comme le complément décisif de ce qu'il montre et, si l'on descend au fond des choses, comme sa plus importante opération».

[141] *Cadre stratégique mondial pour la sécurité alimentaire et la nutrition*, cit., p. 5.

[142] *Plan d'action du Sommet mondial de l'alimentation*, cit., par. 7.

a quo dal 1996 al 2000, che sarebbe valsa una "deduzione" di circa 20 milioni di affamati (come vedremo tra breve, il termine iniziale sarà di nuovo spostato di lì a poco, questa volta vero il passato e sempre per agevolare l'impresa). Il terzo e ultimo "emendamento" – di gran lunga il più importante – riguarda il *quid* da dimezzare: nel 1996 era il numero delle persone affamate; dal 2000, e tuttora, è la *percentuale* degli affamati sul totale della popolazione mondiale, la quale è (e si prevedeva che sarebbe) cresciuta di oltre un miliardo di unità nel corso del primo quindicennio del secolo. Secondo una stima prudente, questo ritocco vale da solo uno "sconto" di oltre 100 milioni di affamati. Nel 2000, d'altronde, il pessimismo aveva preso il sopravvento: negli anni trascorsi dal Vertice mondiale sull'alimentazione, il *numero* degli affamati, invece di diminuire, era aumentato – in soli quattro anni – di quasi 50 milioni di unità. Se si fosse tenuto fermo l'obiettivo concordato nel 1996, tra noi e il traguardo si ammasserebbe circa *mezzo miliardo* di affamati.

La svista degli estensori del *Quadro strategico* è grottesca: un documento che si propone come suprema sintesi del sapere politico-scientifico sulla sicurezza alimentare, e che mette in esergo il pertinente Obiettivo del Millennio, esordisce confondendolo con l'impegno preso dagli Stati in occasione del Vertice del 1996, più ambizioso e, proprio perché tale, silenziosamente revocato nel 2000.

Le correzioni di rotta compiute al volgere del secolo costituivano però solo un annuncio degli stratagemmi che, negli anni successivi, avrebbero contribuito ad *avvicinare* l'obiettivo, nel senso che sembra essere quest'ultimo a muoversi verso di noi e non il contrario. Benché il numero degli affamati si sia mantenuto grossomodo costante dal 2000 ai nostri giorni (e anche dagli anni Settanta), oggi non può escludersi che l'obiettivo sarà raggiunto entro il termine stabilito. Il risultato non è spiegabile solo con l'aumento della popolazione e appare ancora più sorprendente se si considera che negli ultimi anni l'indice dei prezzi di derrate che costituiscono una componente essenziale della dieta delle popolazioni più povere si è a più riprese impennato, con conseguenze catastrofiche[143]. Si è già accennato alla ragione per cui l'evento non sembra aver turbato l'andamento della curva, il quale è *indifferente* alle cause del restringersi o dell'ampliarsi della massa degli affamati: il dato migliora non solo quando qualcuno acquisisce i mezzi per sfamarsi, ma anche quando un affamato muore. Se dunque, come pare, l'aumento dei prezzi non ha ridotto alla fame più persone di quante ne ha uccise, allora il bilancio degli Obiettivi del Millennio si è limitato a registrare un inco-

[143] V. *supra*, nota 5 e testo corrispondente.

raggiante pareggio. Questa statistica *autoimmune al decesso di massa* non avrebbe però rilevato alcun progresso – salvo quello "automatico" imputabile all'aumento della popolazione mondiale – se i suoi custodi non fossero intervenuti ad alterarne la struttura, in due direzioni.

Il primo intervento è consistito nel ridefinire nuovamente il *terminus a quo*, anticipandolo al 1990. Chi ritiene che gli Obiettivi del Millennio, nati sotto il segno del *soft law*, avrebbero acquisito carattere vincolante per consuetudine o grazie a un patto tacito, dovrebbe prendere nota del fatto che tale "emendamento", molto significativo come vedremo tra breve, è stato introdotto, non *en bonne et due forme*, ma di soppiatto[144]. Del retroscena di questa strana vicenda ha scritto, di recente, Jan Vandemoortele. Costui, nei primi mesi del 2001, ha co-presieduto un gruppo informale di esperti delle Nazioni Unite, del Fondo monetario internazionale, della Banca mondiale e dell'OCSE, il cui scopo era, a quanto pare, salvare la Dichiarazione del Millennio dall'oblio[145]. Fu il gruppo a battezzare gli «Obiettivi del Millennio per lo Sviluppo», dopo averli estratti dall'omonima Dichiarazione. E sua fu anche l'iniziativa di anticipare il *terminus a quo*. Sul punto, l'*ex*-funzionario delle Nazioni Unite si esprime in modo circostanziato, partendo da una precisazione pericolosamente somigliante a un'*excusatio non petita*:

> [t]he targets where taken verbatim from the Millennium Declaration, which was agreed language among member states. As UN staff, we were fully aware that we did not have the authority to change an iota of that text[146].

Poiché, però, la Dichiarazione non specificava il termine iniziale – e non per avventura, sostiene Vandemoortele, ma per sigillare con l'ambiguità un accordo altrimenti irraggiungibile – è spettato al gruppo di esperti definirlo:

> Member states agreed on a set of global targets but they blurred the period over which the reductions were to be realized. They called, for instance, for the halving of poverty and hunger by 2015. Although

[144] V., in questo senso, P. ALSTON, *Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate Seen through the Lens of the Millennium Development Goals*, in *Human Rights Quarterly*, 2005, p. 755 ss., p. 771 ss.; cfr. M. VON ENGELHARDT, *The Millennium Development Goals and Human Rights at 2010 – An Account of the Millennium Summit Outcome*, in *Göttingen Journal of International Law*, 2010, p. 1129 ss., p. 1135.

[145] J. VANDEMOORTELE, *The MDG Story,* cit., p. 1 ss.

[146] *Ibidem*, p. 4.

> this may have sounded fine, it does not specify the time frame. And it worked; few observer ever noticed that the Millennium Declaration left considerable room for interpretation as to the level of ambition of the global targets[147].

Se questo resoconto è veritiero, e non c'è ragione di dubitarne, si è costretti a supporre che nessuno, nel gruppo di esperti, si prese il disturbo di leggere la versione francese della Dichiarazione, o che nessuno si azzardò a evocarla. Tale versione, infatti, inequivocabilmente segna il 2000 quale termine iniziale («d'ici à 2015»), un'indicazione che le altre versioni ufficiali non contraddicono. Mentre è ragionevole, forse, leggere un atto non vincolante nel prisma della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, in tal caso alla luce dell'art. 33, concernente l'interpretazione degli accordi che fanno fede in più lingue, è evidente che la Parte IV della medesima Convenzione, dedicata a condizioni ed effetti di emendamenti e modifiche, non ha qui alcuna pertinenza: i trattati si emendano; il *soft law* si manipola. Nella specie, la manomissione sembrava del resto imporsi, perché – racconta Vandemoortele – gli esperti ritenevano che scegliere il 2000 come termine iniziale sarebbe stato del tutto irrealistico, quindi politicamente suicida: «[i]t was obvious that more time would be needed to achieve such ambitious targets»[148]. Dell'operato del gruppo di esperti avrebbero in seguito preso nota, sempre senza clamore, dapprima il Segretario generale delle Nazioni Unite e quindi, sulla scorta di un rapporto da quest'ultimo stilato[149], la stessa Assemblea generale[150], facendo passare il tutto come semplice *conferma* della Dichiarazione del Millennio!

Senza questa furtiva manipolazione, tuttavia, stando ai dati pubblicati dalla FAO nel 2013, la percentuale degli affamati risulterebbe diminuita di soli 7 punti, in luogo dei 50 richiesti per centrare l'obiettivo[151]. Ebbene, la sola retrocessione del *terminus a quo* permette di raggiungere quota 19, e ciò grazie a una duplice facilitazione: da un lato obbliga a scegliere un punto di partenza apparentemente scoraggiante – 848 milioni di affamati in luogo di 836 – ma in realtà propizio all'impresa, posto che l'obiettivo consiste nel dimezzare non (più) una quantità assoluta,

[147] *Ibidem*, p. 5.
[148] *Ibidem*.
[149] *Plan de campagne pour la mise en œuvre de la Déclaration du Millénaire*, A/56/326, 6 settembre 2001, pp. 20, 61-62.
[150] *Suite à donner aux résultats du Sommet du Millénaire*, A/RES/56/95, 14 dicembre 2001, par. 1.
[151] Cfr. *L'état de l'insécurité alimentaire dans le monde 2013*, cit. (l'elaborazione dei dati è mia).

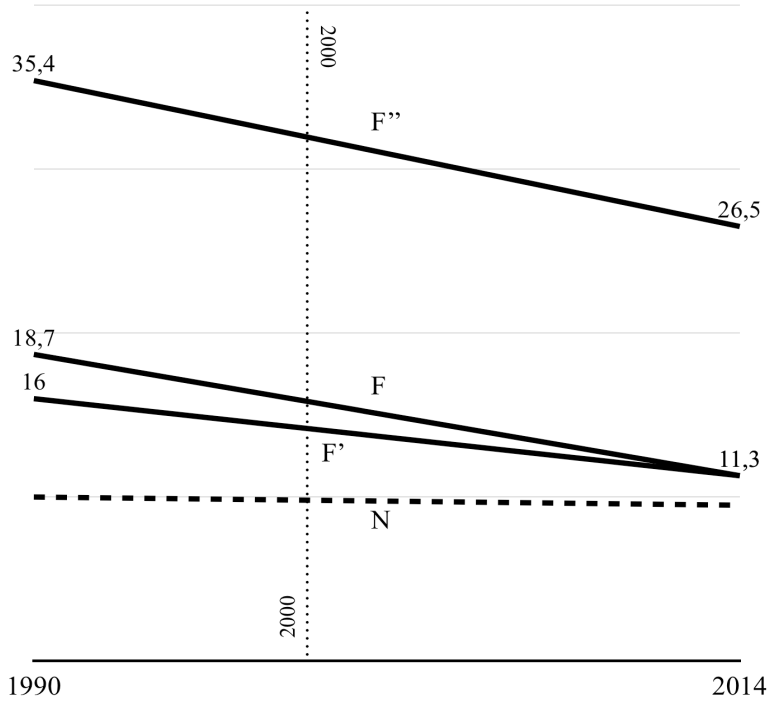
bensì una percentuale; dall'altro, estendendo l'arco temporale dell'impresa da quindici anni a un quarto di secolo (1990-2015), amplifica l'effetto, anch'esso propizio, dell'aumento della popolazione. Ma tutto ciò è nulla rispetto agli effetti della nuova metodologia statistica a lungo studiata e recentemente collaudata dalla FAO: la sua applicazione ha infatti permesso di raggiungere, nel 2013, quota 37%, il che equivale a poco meno di tre quarti del percorso da compiere. Le più recenti rilevazioni registrano un ulteriore balzo in avanti, di quasi tre punti percentuali, mentre pare si sita affermando la tendenza a mettere in primo piano *un altro dato*, quello della percentuale degli affamati *nei soli Paesi in via di sviluppo*, rispetto al quale la riduzione ammonterebbe già al 42,3%[152].

Non potendo io valutare le ragioni che hanno spinto gli esperti di FAOSTAT, il servizio statistico della FAO, ad abbandonare la vecchia metodologia, e tantomeno scrutinare le credenziali della nuova, mi limiterò a constare il *modo* in cui questo superbo risultato è stato raggiuto.

Tutto (o *quasi*) si spiega con l'impennarsi dell'estremità sinistra della retta che idealmente unisce il dato relativo al 1990 (il nuovo *terminus a quo*) a quello attuale. La chiameremo *F*, come fame. Ricordiamo che il dato attuale, all'estremità destra di *F*, resta agghiacciante: oltre 800 milioni di affamati. Il dato antico, invece, è notevolmente peggiorato: dagli 848 milioni della vecchia stima ai 1.015 milioni dell'attuale. Si è insomma scoperto che quando si stava peggio… si stava molto peggio di quanto pensassimo, cosicché l'obiettivo del millennio si è avvicinato a noi, proprio in prossimità della scadenza: come non rallegrarsene? L'effetto di questa fosca rilettura del passato è amplificato dalla retrocessione del *terminus a quo* (l'aumento della popolazione tra il 1990 e il 2000 è nell'ordine di 800 milioni di individui) e dalla fondamentale decisione di misurare la fame in termini percentuali. Il risultato è mozzafiato: secondo le nuove stime, nel 1990 quasi un individuo su cinque soffriva la fame (uno su quarto nei Paesi in via di sviluppo). Con questo nuovo, sepolcrale punto di partenza, l'anabasi è più agevole. Mentre il presente resta grossomodo uguale a se stesso – la stessa immane ecatombe da decenni – la nuova misurazione delle dimensioni che il fenomeno

[152] Cfr. *L'état de l'insécurité alimentaire dans le monde 2013*, cit. p. 9 (l'elaborazione dei dati è mia). Cfr. *Rapport de la quarante et unième session du Comité de la sécurité alimentaire mondiale (Rome, 13-18 octobre 2014)*, p. 4, dove si descrive, o meglio, *riscrive*, l'Obiettivo del Millennio in questi termini: «réduction de moitié de la proportion de la population qui souffre de sous-alimentation dans les pays en développement» (reperibile all'indirizzo http://www.fao.org/3/a-mm187f.pdf). Non è chiaro se si tratti di semplice sbadataggine o dell'ennesimo tentativo di cambiare le carte in tavola. I precedenti non permettono purtroppo di escludere nessuna delle due ipotesi.

aveva *in passato* giustifica l'elogio di ciò che si è fatto sin qui per combatterlo. Potrebbe bastare, ma non è tutto.



L'improvviso aumento della pendenza di *F* è, lo si è appena visto, essenziale. Sarebbe tuttavia inefficace se *F* non fosse situata alla *giusta altezza*. Per comprendere l'importanza di questo aspetto della rappresentazione della fame è necessario esplicitarne uno dei presupposti essenziali, sempre celato negli atti ufficiali sugli Obiettivi del Millennio, ma affiorato in occasione del varo della nuova metodologia statistica. Si tratta del coefficiente che, nei complicati calcoli di FAOSTAT, è chiamato a rispecchiare il livello di «attività fisica» e quindi, sempre per approssimazione, il fabbisogno medio di calorie: quanto più intensa è l'attività, tanto maggiore è il fabbisogno e tanto più scarse, in rapporto a esso, le calorie complessivamente disponibili dato un certo livello di produzione alimentare. Insomma, quanto più elevato è il coefficiente, tanto più la rappresentazione statistica del mondo si popola di affamati. Ebbene, gli esperti hanno scelto un coefficiente pari a 1,55, corrispondente a uno «stile di vita sedentario» (*sic*), preferendolo non solo a quello che rispecchia un'attività fisica «intensa», pari a 2,25, ma anche al coefficiente che

essi stessi ritengono appropriato rispetto a un'attività «normale» (1,85)[153]. Se la scelta fosse caduta su quest'ultimo, nei rapporti ufficiali più recenti avremmo letto che, nei soli Paesi in via di sviluppo, gli affamati superano il miliardo e mezzo, che il loro numero è rimasto pressoché costante dal 1990 (o dal 2000), mentre la riduzione in termini percentuali si attesterebbe attorno a un modesto 25%[154]. Ci troveremmo, in prossimità della scadenza, solo a metà strada, senza dimenticare che non saremmo giunti nemmeno a un quarto del cammino, senza il sotterfugio del *terminus a quo*, e che saremmo rimasti inchiodati ai blocchi di partenza se non avessimo sostituito il computo delle vittime della fame con il calcolo della percentuale che esse rappresentano sul totale della popolazione mondiale.

Il grafico, dove le cifre indicano la percentuale degli affamati, illustra l'effetto complessivo della manipolazione dei parametri tenendo conto della traslazione del termine iniziale e accostando a *F*, la curva "ufficiale" della fame, *F'*, quella anteriore alla modifica della metodologia statistica, *F''*, la curva che corrisponde a un coefficiente di attività fisica «normale», ed *N*, che rappresenta il numero pressoché costante degli affamati. Ed ecco come la FAO spiega la scelta del coefficiente relativo all'attività fisica:

> le manque de données ventilées en fonction de la profession et du niveau d'activité par sexe et par groupe d'âge conduit à appliquer le même niveau d'activité physique à l'ensemble de la population. En

[153] A questo proposito è interessante notare che, in origine, l'Obiettivo del Millennio riguardante la fame era associato a due distinti indicatori: *i*) la percentuale di bambini di età inferiore a cinque anni in stato di insufficienza ponderale e *ii*) la proporzione della popolazione che si suppone non raggiunga un livello minimo di apporto calorico (v. *Plan de campagne pour la mise en œuvre de la Déclaration du Millénaire*, cit., p. 62). Alcuni anni fa, J. VANDEMOORTELE, *The MDG Story* cit., p. 14, ha osservato che «[d]ata on underweight suggest that hunger in the world is declining gradually, whereas the statistics on undernourishment indicate exactly the opposite», e si è pertanto chiesto: «which one should we believe? All indicators use two basic ingredients: observations and transformations. […] When the indicator requires a large amount of transformation … its reliability and accuracy will diminish because transformations involve assumptions. Calculating undernourishment requires considerably more transformations and assumptions than estimating underweight. Hence, the latter is the preferred indicator for monitoring the hunger target». Ora, evidentemente, la prospettiva si è rovesciata: proprio perché l'indicatore dell'apporto calorico lascia più spazio alla manipolazione, esso è usato, pare, a titolo esclusivo.

[154] Mia elaborazione da *L'état de l'insécurité alimentaire dans le monde 2012*, cit., p. 62. La FAO ha reso noti i risultati alternativi, cioè quelli ottenuti applicando i coefficienti associati a un'attività fisica intesa ovvero normale, solo per l'aggregato costituito dai Paesi in via di sviluppo.

> conséquence, s'il est vrai que le seuil inférieur produit une estimation prudente de l'insuffisance alimentaire, le seuil supérieur (correspondant à un coefficient d'activité de 2,25) entraîne presque certainement une surestimation de l'insuffisance alimentaire, même lorsqu'une bonne partie de la population (mais pas l'ensemble de la population) réalise des activités physiques pénibles[155].

Il brano spiega perché *non* si è scelto il coefficiente massimo; nulla dice, però, della decisione di escludere quello intermedio, corrispondente a un'attività fisica *normale*. La scelta di un coefficiente concepito per rispecchiare uno «stile di vita sedentario», giustificata con un rapido cenno all'esigenza di fornire stime «prudenti», richiederebbe invece spiegazioni circostanziate: in che senso e nell'interesse di chi è prudente sottostimare l'ampiezza del fenomeno? Il brano citato, benché "tecnico", non ne fornisce alcuna. La scelta che tenta di giustificare rischia perciò di apparire beffarda e insultante, perché ascrive uno stile di vita a basso dispendio calorico alle moltitudini costrette a lavorare duro per eludere la fame o che soffrono la fame anche a causa del duro lavoro cui sono costrette. Nello stesso rapporto dove compare il brano citato si legge del resto che «de nombreux pauvres souffrant de la faim ont probablement des moyens d'existence exigeant un travail manuel ardu»[156].

Il Segretario generale delle Nazioni Unite, Ban Ki-moon, ha di recente dichiarato che gli Obiettivi del Millennio «ont démontré que des objectifs mondiaux ciblés peuvent faire une grande différence»[157]. Il lettore può ora farsi un'idea di che cosa ha fatto la differenza, se gli Obiettivi in quanto tali o la periodica manipolazione dei relativi parametri. Ban Ki-moon ha inoltre affermato che gli Obiettivi medesimi «ont été l'effort mondial le plus réussi pour lutter contre la pauvreté et la faim»[158]. Quella del Segretario generale non è solo un'innocua metonimia, in tal caso uno scambio tra fine (gli Obiettivi del Millennio) e mezzi

[155] *Ibidem*.

[156] *Ibidem*, p. 12. La contraddizione è opportunamente segnalata da F. MOORE LAPPÉ, J. CLAPP, M. ANDERSON, R. BROAD, E. MESSER, T. POGGE, T. WISE, *How We Count Hunger Matters*, cit., p. 251 ss., p. 252. V., analogamente, *Rapport final: le droit à l'alimentation, facteur de changement. Rapport soumis par le Rapporteur spécial sur le droit à l'alimentation, Olivier De Schutter*, A/HRC/25/57, 24 gennaio 2014, p. 4, par. 4. La diagnosi debordiana è anche qui pertinente: «Puisque personne ne peut plus le contredire, le spectacle a le droit de se contredire lui-même» (G. DEBORD, *Commentaires sur la société du spectacle*, cit., p. 45).

[157] V. *Objectifs du Millénaire pour le développement: rapport de 2013*, Nations Unies, New York, p. 3 (reperibile all'indirizzo http://mdgs.un.org/unsd/mdg/Resources/Static/Products/Progress2013/French2013.pdf).

[158] *Ibidem*.

(lo sforzo mondiale); è anche il sintomo del venir meno di una seria riflessione sui mezzi, sostituita dall'ansiosa contemplazione degli indici di un progresso "spontaneo", determinato, o frenato, da cause imponderabili.

Si può tuttavia sostenere che, sin dall'inizio, e nonostante il nome, gli Obiettivi del Millennio abbiano avuto una natura essenzialmente strumentale. Wu Hongbo, Segretario generale aggiunto agli Affari economici e sociali, parla di un dinamismo sociale creato dalla semplice "presenza" degli Obiettivi[159]. Sembra tuttavia che questi ultimi, da strumento di mobilitazione si siano trasformati in un bersaglio da centrare a qualsiasi costo e con qualunque mezzo, senza escludere rappresentazioni manipolate della realtà. Sono, ancora una volta, le pagine di Debord a offrire una qualificazione sorprendentemente calzante di questi inquietanti fenomeni:

> Le caractère fondamentalement tautologique du spectacle découle du simple fait que ses moyens sont en même temps son but. Il est le soleil qui ne se couche jamais sur l'empire de la passivité moderne. Il recouvre toute la surface du monde et baigne indéfiniment dans sa propre gloire[160].

«La communauté mondiale devrait être fière des résultats obtenus jusqu'à présent», insiste Wu Hongbo[161]. «Le spectacle», d'altronde, non è forse «le discours ininterrompu que l'ordre présent tient sur lui-même, son monologue élogieux»?[162] La società dello spettacolo considera inammissibile la pretesa di cambiare l'esistente; è una società stanca di essere biasimata[163].

Nel 1980, Willy Brand, nel presentare i risultati raggiunti dalla già menzionata commissione di politici ed esperti da lui presieduta, scrisse che era «a matter of humanity to conquer hunger and disease on our way to the next millennium – to prove wrong those forecasters who say we will have to face the distress of hundreds of millions of people suffering from starvation and preventable diseases at the turn of the twenty-first

[159] *Ibidem*, p. 4 ss.
[160] G. DEBORD, *La société du spectacle*, cit., p. 21.
[161] V. *Objectifs du Millénaire pour le développement: rapport de 2013*, cit., p. 4.
[162] G. DEBORD, *La société du spectacle*, cit., p. 26.
[163] G. DEBORD, *Commentaires sur la société du spectacle*, cit., pp. 43-44: «de tous les crimes sociaux, aucun ne devra être regardé comme pire que l'impertinente prétention de vouloir encore changer quelque chose dans cette société qui existe, qui pense qu'elle n'a été jusqu'ici que trop patiente et trop bonne; mais qui *ne veut plus être blâmée*».

century»[164]. Secondo una stima prudente, oggi, nel mondo, sono più di 800 milioni gli individui che soffrono la fame. Lo abbiamo detto più volte, ma è forse il caso di ripeterlo nel momento in cui la comunità internazionale si accinge, con la pompa che conviene all'occasione, a celebrare un insperato successo e a serrare i ranghi per marciare unita verso un nuovo esaltante traguardo, la sconfitta definitiva della fame, da ottenere, *questa volta*, entro il 2030. «Le spectacle n'est qu'une image d'unification heureuse environnée de désolation et d'épouvante, au centre tranquille du malheur»[165].

[164] W. BRANDT, *A Plea for Change: Peace, Justice, Jobs*, in *North-South: A Program for Survival*, cit., p. 1 ss., p. 15.
[165] G. DEBORD, *La société du spectacle*, cit., p. 58.

SECONDA SESSIONE PLENARIA

LA RAPPRESENTANZA DEMOCRATICA NELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI: SOGGETTI PRIVATI, SOCIETÀ CIVILE, ASSEMBLEE PARLAMENTARI ED ENTI TERRITORIALI

Presidenza

U. VILLANI

ASPETTI PROBLEMATICI DELLA DEMOCRAZIA NELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

Ugo VILLANI*

1. Questa seconda sessione plenaria affronta un tema estremamente impegnativo e denso di problemi. I relatori avranno il compito, anzitutto, di ricostruire il concetto stesso di democrazia, quale può configurarsi a livello di organizzazione internazionale, per esaminare, quindi, l'incidenza che sulla democraticità di un'organizzazione può derivare, da un lato, dalla partecipazione di privati e della "società civile", dall'altro, dalla presenza di assemblee parlamentari e di organi rappresentativi degli enti territoriali.

La prima difficoltà che si pone riguarda l'individuazione di una nozione generalmente accettata di democrazia già al livello nazionale. Sembra infatti difficile spingersi oltre quella visione di democrazia che risulta dall'art. 21, par. 3, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948: «La volonté du peuple est le fondement de l'autorité des pouvoirs publics; cette volonté doit s'exprimer par des élections honnêtes qui doivent avoir lieu périodiquement au suffrage universel égal et au vote secret ou suivant une procédure équivalente assurant la liberté du vote». Si tratta di una nozione essenziale, consistente nella derivazione del potere dello Stato dalla volontà del popolo, e imprescindibile affinché un sistema possa qualificarsi come democratico; ma per il resto non è dato rinvenire una concezione condivisa di democrazia. Anzi, ogni tentativo di "esportare" un dato modello di democrazia, in sostanza quello occidentale, apparso vincente dopo la fine dei regimi comunisti, costituisce una insanabile contraddizione con la stessa nozione di democrazia: questa – comunque la si voglia ricostruire – rappresenta in ogni caso un fenomeno "endogeno", coerente con i caratteri, la tradizione, la cultura, i valori, gli interessi propri di ciascun popolo e rifugge, pertanto, da qualsiasi imposizione dall'esterno.

La nozione risultante dall'art. 21, par. 3, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo esprime essenzialmente la democrazia

* Ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Bari "Aldo Moro".

rappresentativa, nella quale il popolo sceglie i propri governanti mediante libere elezioni. Ma, già all'interno delle società statali, tale forma di democrazia conosce oggi una evidente crisi, testimoniata, se non altro, da un sempre più ampio astensionismo proprio in quelle competizioni elettorali che dovrebbero rappresentare un requisito minimo, ma irrinunciabile, di una società democratica. Molteplici fattori spingono verso una crisi della democrazia rappresentativa: dalla globalizzazione, che rivela l'impotenza dei singoli Stati e delle loro istituzioni rappresentative a fronteggiare problemi "planetari", come quelli di natura economica, finanziaria, o attinenti all'inquinamento, al terrorismo, alla guerra; alla fine dello scontro ideologico tra i due blocchi, che ha indebolito la capacità dei partiti di convogliare istanze sociali e di proporre modelli programmatici alternativi; all'uso di sistemi elettorali che limitano fortemente la libertà di scelta degli elettori, dando luogo a parlamenti fatti più di "nominati" che di eletti; alla prevalenza dell'economia e delle sue (presunte) regole sulla politica, con conseguente senso di frustrazione, sia dei rappresentanti che dei rappresentati.

Di fronte alla crisi della democrazia rappresentativa, da più parti, proponendo diversi meccanismi e procedimenti, si sostiene la necessità di sviluppare forme di democrazia deliberativa o partecipativa, che diano voce alla "società civile" nelle sue varie articolazioni, consentendole di intervenire nei processi decisionali. Tale tendenza, volta non a sostituire, ma a completare ed arricchire gli istituti di democrazia rappresentativa, è presente non solo al livello nazionale, ma anche a quello europeo, come risulta dall'art. 11 del Trattato sull'Unione europea, inserito dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, relativo alla democrazia partecipativa, comportante un "ascolto" e un dialogo con le associazioni rappresentative e con la società civile e culminante con l'iniziativa dei cittadini europei di invitare la Commissione a presentare una proposta di atto giuridico (iniziativa disciplinata dal regolamento n. 211/2011 del 16 febbraio 2011).

2. Il concetto di democrazia, elaborato all'interno della società statale, si rivela ancor più incerto e problematico quando si cerchi di trasferirlo da quest'ultima a un'entità profondamente diversa, qual è l'organizzazione internazionale, costituita non già da individui, ma da Stati, provvisti pur sempre della loro sovranità, come ha cura di precisare l'art. 1, par. 2, della Carta delle Nazioni Unite. Tale disposizione pone il principio della sovrana eguaglianza di tutti i suoi Membri a fondamento dell'Organizzazione, sebbene questa aspiri a porsi, se non come un

"governo mondiale", almeno come un'organizzazione tendenzialmente universale e competente a occuparsi di qualsiasi materia di rilevanza internazionale, ivi comprese materie un tempo riservate alla competenza interna di ciascuno Stato, quale il trattamento degli individui e la tutela dei loro diritti fondamentali.

La struttura "intergovernativa" delle organizzazioni internazionali ostacola l'ingresso nelle stesse di quel fondamentale e inderogabile principio di democrazia "secondo cui i popoli partecipano all'esercizio del potere per il tramite di un'assemblea parlamentare", enunciato dalla Corte di giustizia delle Comunità europee nella sentenza del 29 ottobre 1980, C-138/79, *Roquette Frères*. L'affermazione della Corte di giustizia, infatti, si colloca all'interno di un ordinamento, come quello dell'Unione europea, del quale sono soggetti non solo gli Stati membri, ma le persone fisiche e giuridiche e nel quale le istituzioni esercitano i loro poteri direttamente nei confronti di tali persone, attribuendo loro diritti e obblighi. Nelle organizzazioni internazionali classiche, nelle quali, di regola, lo Stato si erge tuttora quale diaframma tra l'ente internazionale e la propria comunità interna, che non può essere direttamente raggiunta dall'azione e dagli atti degli organi di tale ente, la presenza di un "parlamento" rappresentativo dei popoli degli Stati membri non può più considerarsi espressione di un'indefettibile esigenza di democrazia, salvo trasformazioni rivoluzionarie (e forse utopistiche) della stessa struttura delle organizzazioni internazionali.

Piuttosto, se ci si pone in un'ottica interna all'organizzazione internazionale, vista come un'associazione di Stati sovrani, i principi democratici sembrano comportare l'affermazione di una condizione di eguaglianza giuridica tra gli Stati membri, quali che siano le loro differenze politiche, demografiche, economiche, militari; ciò in analogia a quella eguaglianza tra gli individui, che costituisce un principio cardine della democrazia nelle società statali e che determina il superamento e l'irrilevanza giuridica delle distinzioni (di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali) ai fini della pari dignità sociale e della eguaglianza davanti alla legge, come dichiara l'art. 3 della Costituzione italiana.

Lo stesso principio, affermato dal ricordato art. 21, par. 3, della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, secondo il quale il potere pubblico deriva dalla volontà del popolo, cioè dei consociati, trasferito – con i necessari adattamenti – alla sfera delle organizzazioni internazionali, comporta che i poteri dell'organizzazione si fondino sulla volontà degli Stati membri e che questi, entrando volontariamente nell'organizzazione, godano del medesimo *status*. La Carta delle Nazioni

Unite, come si è rilevato, pone tra i principi fondanti dell'Organizzazione l'eguaglianza di tutti i suoi Membri (art. 1, par. 2), pur se profonde diseguaglianze si realizzano poi nel Consiglio di sicurezza. L'eguaglianza dei Membri, per quanto riguarda l'esercizio dei poteri da parte dell'organizzazione, dovrebbe determinare la loro partecipazione in posizione paritaria ai suoi organi e nella votazione. Generalmente, infatti, almeno l'organo assembleare è formato da tutti gli Stati membri e questi godono di un voto eguale; è il caso, per fare un esempio particolarmente significativo, dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, nella quale la regola «one State, one vote» è sancita nell'art. 18, par. 1.

La tendenza a trasporre, al livello delle organizzazioni internazionali, le regole procedurali tipiche della democrazia statale conduce anche a privilegiare la votazione a maggioranza, essendo indubbio che, in base ai principi democratici, è la volontà della maggioranza che determina le decisioni degli organi statali. Anche di questo profilo si ha una conferma nell'odierna diffusione della votazione a maggioranza in numerose organizzazioni internazionali, maggioranza che, a seconda delle materie, può essere semplice o qualificata (come, per le questioni "importanti", nell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, ai sensi dell'art. 18, par. 2, della Carta).

3. Tuttavia il principio di eguaglianza dei Membri, apparentemente democratico nell'ottica dei rapporti interstatali, mostra la sua debolezza se si sposta l'attenzione dagli Stati ai popoli che essi rappresentano. La stessa regola «one State, one vote» parifica il voto di Stati quali la Cina, gli Stati Uniti, la Russia a Microstati come Nauru, Palau, San Marino: essa si rivela, così, tutt'altro che giustificata poiché sopravvaluta in maniera spropositata la rappresentanza di un cittadino di un Microstato rispetto a quella di un cittadino di un Paese di vaste dimensioni demografiche. Guardando al dato sociale, il popolo di ciascuno Stato, la regola in esame non appare affatto democratica e può condurre alla formazione di maggioranze di Stati che, in realtà, esprimono una minoranza della popolazione mondiale (o, in ogni caso, di quella corrispondente alla *membership* dell'organizzazione).

Persino la regola della maggioranza nelle votazioni degli organi composti dagli Stati membri può apparire contraddittoria con i principi democratici. Se ci si pone nella dimensione "internazionale" propria dell'organizzazione, essa può sembrare in contrasto con il rispetto della eguaglianza sovrana degli Stati membri, poiché assoggetta il singolo Stato alla volontà degli altri Stati membri. Solo la "vecchia" regola della

unanimità assicurerebbe, invece, che sia tutelata la sovranità di ciascuno Stato; al riguardo va richiamata l'affermazione della Corte permanente di giustizia internazionale nel parere consultivo del 21 novembre 1925 sull'art 3, par. 2, del Trattato di Losanna, secondo la quale la regola dell'unanimità è «conforme à la tradition constante de toutes les réunions ou conférences diplomatiques» e «peut être regardée comme la règle naturelle d'un corps tel que le Conseil de la Société des Nations». A parte questa considerazione, legata a una concezione "assoluta" (e anacronistica) della sovranità, vi è anche una preoccupazione connessa al rispetto della democrazia "interna" a ciascuno Stato, che conduce a una preferenza per la regola dell'unanimità. Solo questa può garantire che le determinazioni del parlamento nazionale siano fedelmente attuate dal rispettivo governo in seno all'organizzazione internazionale, mentre la regola della maggioranza può porre nel nulla tali determinazioni, così scardinando le garanzie democratiche del rispetto della volontà del popolo, rappresentato dal suo parlamento.

Le osservazioni che precedono, peraltro, incontrano due obiezioni. Anzitutto il ritorno alla regola dell'unanimità condurrebbe alla paralisi dell'organizzazione e ad una sua dipendenza da ciascuno Stato membro. In secondo luogo l'esigenza di rispetto della democrazia interna degli Stati membri – e, quindi, della centralità dei loro parlamenti – presuppone che essi siano effettivamente democratici; il che, specie nelle organizzazioni tendenzialmente universali, non è affatto vero.

4. Le forme di democratizzazione delle organizzazioni internazionali devono seguire, probabilmente, vie che consentano di legare la democrazia "interstatale", propria di una visione interna all'organizzazione, con una prospettiva "nazionale", fondata sulla centralità del popolo e dei suoi organi rappresentativi.

A questo fine va anzitutto rimessa in discussione la piena eguaglianza degli Stati membri. Questa va ribadita per quanto concerne i diritti (e gli obblighi) derivanti dalla appartenenza all'organizzazione, mentre devono ammettersi forme di partecipazione differenziata agli organi e al voto.

Riguardo alla partecipazione agli organi, mentre nell'organo assembleare essa è assicurata a tutti i membri, è noto che l'organo c.d. esecutivo (Consiglio, Comitato) è solitamente più ristretto. Tale caratteristica, peraltro, non è in alcun modo dovuta a intenti di "democratizzazione", ma risponde all'esigenza di disporre di un organo più snello e operativo, rispetto all'organo plenario, o alla volontà di riservare dei seggi a taluni Stati nominativamente indicati (come nel

Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite) o individuati secondo parametri oggettivi, coerenti con le finalità e le competenze dell'organizzazione (come negli enti finanziari). Le deroghe al principio della eguaglianza degli Stati membri rispondono quindi all'obiettivo di assicurare efficacia dell'azione dell'ente, ma, sotto il profilo democratico, esse accentuano le differenze tra gli Stati, per un aspetto o per l'altro, più potenti e gli altri, così privilegiando anche i popoli rappresentati dai primi, a detrimento di quelli rappresentati da Stati più deboli.

Pure le deroghe all'eguaglianza del voto possono rispondere ai medesimi scopi testé indicati. Ciò va detto per il voto ponderato, quando il "peso" del voto di ciascuno Stato membro è determinato in base a criteri preordinati agli scopi dell'ente e al suo migliore funzionamento. Una diseguaglianza nel voto, tuttavia, può rispondere anche all'esigenza di tenere in debito conto la differente composizione demografica dei diversi Stati membri, come accadeva con il voto ponderato nel Consiglio dell'Unione europea sino al 31 ottobre 2014. Anche la regola di votazione applicabile dal successivo 1° novembre, pur avendo abbandonato il meccanismo della ponderazione, mantiene un collegamento con i cittadini degli Stati membri; ai sensi dell'art. 16, par. 4 del Trattato sull'Unione europea, infatti, la maggioranza qualificata (che rappresenta la regola generale) va intesa come almeno il 55% dei Membri del Consiglio, rappresentanti Stati membri che totalizzino almeno il 65% della popolazione dell'Unione.

In un'ottica differente, relativa ai rapporti tra gli Stati membri (ma alla quale non è certo estranea un'attenzione ai loro popoli), persino il così deprecato diritto di veto nel Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite può assolvere a una funzione democratica. Se è connaturata a qualsiasi forma di democrazia la regola secondo la quale è la maggioranza che governa e che decide, non meno importante è la tutela delle minoranze contro il rischio di tirannia della maggioranza. Negli ordinamenti statali molteplici sono i mezzi attraverso i quali tale tutela è garantita: dalla divisione dei poteri, al sistema di *checks and balances*, alla giustizia amministrativa, al controllo di costituzionalità delle leggi ecc. Le organizzazioni internazionali, in specie le Nazioni Unite, hanno degli ordinamenti ben più rudimentali, per cui è il diritto di veto che può operare come strumento di tutela dello Stato membro permanente che si trovi in una posizione di "minoranza" politica, così come degli altri Stati, di "minoranza", a lui in qualche modo contigui. Non è un caso, del resto, se – com'è noto – il diritto di veto fu deciso, nella Conferenza di Jalta del febbraio 1945, su richiesta perentoria dell'Unione sovietica, che si

trovava in uno stato di pieno isolamento politico, tanto da essere denominato "regola di Stalin" (oltre che di Jalta).

Si noti che quanto osservato riguardo all'embrionale livello di sviluppo delle organizzazioni internazionali, in raffronto a quello degli ordinamenti statali, non esclude, peraltro, che anche in esse possano esistere – e vadano potenziate – forme di bilanciamento di poteri nei rapporti tra i diversi organi e, di conseguenza, anche tra gli Stati che ne fanno parte. Per esempio, pur nella consapevolezza che l'Assemblea generale delle Nazioni Unite non ha molti strumenti per limitare il potere (preponderante) del Consiglio di sicurezza, non va sottovalutata la sua competenza a esaminare le relazioni annuali e speciali che il Consiglio di sicurezza è tenuto a sottoporle ai sensi dell'art. 15, par. 1, della Carta. Sebbene, specie in passato, tale esame si sia ridotto a poco più di un passaggio rituale, nel quadro di una rivitalizzazione dei lavori dell'Assemblea generale, per la quale dalla 62ª sessione l'Assemblea ha istituito annualmente un Gruppo di lavoro *ad hoc* (la cui creazione è stata decisa con la risoluzione n. 61/292 del 2 agosto 2007), esso può assumere un ruolo politicamente significativo. Infatti l'esame dell'Assemblea può essere l'occasione per un dibattito e una sua valutazione sull'operato del Consiglio di sicurezza (e dei suoi membri), il quale verrebbe ad assumersi una responsabilità politica, di fronte all'organo sostanzialmente rappresentativo dell'intera comunità internazionale, comportante quanto meno il dovere di dare conto della propria azione e delle proprie decisioni.

5. Meccanismi di democratizzazione possono individuarsi anche al di fuori dello schema, tipico del diritto delle organizzazioni internazionali, nel quale lo Stato è rappresentato esclusivamente dal proprio governo.

Anzitutto vanno ricordati gli organi, ormai non più rari, di carattere assembleare formati da rappresentanti dei parlamenti nazionali, o direttamente eletti dai cittadini degli Stati membri. A parte il caso del Parlamento europeo, che nella sua unicità si collega alle peculiarità del fenomeno dell'integrazione europea, esperienze del genere si rilevano, tra l'altro, nel Consiglio d'Europa, nell'OSCE, nella NATO, nell'Unione africana, nel MERCOSUR. La presenza di organi siffatti rompe il monopolio governativo della rappresentanza statale, innescando forme di "diplomazia parlamentare", e consente, in sostanza, che nell'organizzazione i popoli degli Stati membri siano rappresentati nelle loro differenti componenti politiche, comprese quelle di opposizione, non solo nella maggioranza, che trova già espressione nel governo. Natu-

ralmente l'effettiva incidenza democratica sulla vita dell'organizzazione dipende, da un lato, dai poteri (solitamente modesti) che a tale organo assembleare sono attribuiti e, dall'altro, dal livello di democrazia interna degli Stati dai quali provengono i membri dell'organo.

La democratizzazione delle organizzazioni internazionali – al pari, del resto, delle società statali – non si esaurisce sul terreno della rappresentanza politica dei popoli, ma implica anche procedimenti e meccanismi attraverso i quali gli *stakeholders*, le parti sociali, le organizzazioni non governative, le associazioni, le componenti della "società civile" possano partecipare alla discussione, al dialogo, all'orientamento, alla sollecitazione di decisioni (assunte pur sempre dai soggetti e dagli organi "istituzionali"), nonché al controllo della loro attuazione.

Il coinvolgimento di attori non statali nella vita delle organizzazioni internazionali può servire a incanalare, nelle stesse istanze, bisogni, interessi che, nell'era della globalizzazione, spesso travalicano i confini e le dimensioni dello Stato e talvolta trovano espressione in enti esponenziali ben più potenti di vari Stati (come le multinazionali e, sotto un particolare profilo, le società di *rating*), o capaci di convogliare l'attenzione dell'opinione pubblica su specifiche tematiche, come l'ambiente, la disoccupazione, i diritti umani, o di influenzare le decisioni commerciali, come le associazioni di consumatori. Tali istanze, bisogni, interessi che il singolo Stato non riesce più a rappresentare, possono esprimersi al livello delle organizzazioni internazionali solo aprendo le stesse a qualche forma di partecipazione dei soggetti che sono in grado di farsene carico.

Le forme di partecipazione possono variare. Un caso unico è rappresentato dall'Organizzazione internazionale del lavoro, nella quale, com'è noto, la struttura tripartita dei suoi organi assicura una rappresentatività delle parti sociali che si esprime anche in poteri decisionali. Solitamente lo strumento di partecipazione previsto per le organizzazioni non governative è lo *status* consultivo, come nelle Nazioni Unite, nell'UNESCO, nel Consiglio d'Europa. Va ricordato, inoltre, che talvolta è espressamente prevista un'associazione all'organizzazione anche di enti locali, se non una loro *membership*.

L'apertura delle organizzazioni internazionali alle diverse entità genericamente inquadrabili nella "società civile", pur presentando aspetti problematici, in specie in merito alla loro effettiva rappresentatività, può favorire una legittimazione democratica di tali organizzazioni anche sotto il profilo della loro "*accountability*". Il coinvolgimento degli attori non statali, pur lasciando nelle mani degli organi governativi (come

realisticamente deve ammettersi) il momento decisionale, obbliga infatti tali organi non solo a tenere in considerazione le istanze fatte valere dai suddetti attori, ma anche a rendere conto agli stessi e, più ampiamente, alla società civile della propria condotta e delle proprie scelte.

ELEMENTI PER LA COSTRUZIONE DI UNA TEORIA DELLA DEMOCRATICITÀ DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

Susanna CAFARO*

SOMMARIO: 1. Introduzione. − 2. Lo stato dell'arte. − 3. La domanda crescente di democrazia. − 4. Elementi per la costruzione di una teoria: a) la nozione di legittimazione, b) la nozione di *accountability*; c) la nozione di inclusività; d) dalla scomposizione alla ricomposizione. − 5. Un ingrediente essenziale: la sopranazionalità.

1. *Introduzione*

Le organizzazioni internazionali sono oggi comunemente considerate come i tasselli fondamentali di un sistema − per quanto parziale e imperfetto − di global governance[1]. In assenza di un global "government" in grado di fronteggiare sfide di portata planetaria quali il mantenimento della pace, il *global warming*, la stabilità finanziaria, il controllo di armi di distruzione di massa (solo per fare alcuni esempi) o la gestione di beni pubblici globali[2], la comunità internazionale ha creato − dal secondo dopoguerra in poi − una serie di enti e istituzioni funzionalmente preposti al perseguimento di specifici obiettivi, dotati di strumenti e di poteri più o meno incisivi. A fronte di una rapida accelerazione dei processi di globalizzazione, tuttavia, queste organizzazioni evolvono lentamente, la-

* Associato di Diritto dell'Unione europea, Università del Salento.

[1] Si tratta di una formula in uso soprattutto tra gli studiosi di relazioni internazionali. Sulle definizioni e i differenti fondamenti teorici posti dalle diverse scuole di pensiero a monte di tale assetto istituzionale si rinvia a M. P. KARNS, K.A. MINGST, *International Organizations. The Politics and Processes of Global Governance*, Boulder, 2010, p. 3 e ss.

[2] Ovvero «Issues that are broadly conceived as important to the international community, that for the most part cannot or will not be adequately addressed by individual countries acting alone and that are defined through a broad international consensus or a legitimate process of decision-making», come definiti a p. 13 del *Final Report* della *International Task Force on Global Public Goods* creata nel 2003 da un accordo tra Francia e Svezia, del 2006 reperibile sul sito http://www.sweden.gov.

sciando una serie di domande ancora senza risposta[3]. La domanda di cui si cercherà di dar conto in questo contributo attiene alla loro democraticità.

Numerosi autori hanno evidenziato la tensione crescente e irrisolvibile tra sovranità statale, progressiva globalizzazione dell'economia e garanzie democratiche ed il rischio che a fare le spese di tale inconciliabilità possano essere proprio queste ultime.[4] Le difficoltà insite nel trasferimento a livello globale di quei diritti democratici oggetto di compressione a livello statuale sono purtroppo evidenti.

Pur senza ambire a quadrare il cerchio della democrazia globale riteniamo che il tema della democraticità possa essere affrontato con qualche risultato utile nei sub-ordinamenti rappresentati dalle organizzazioni internazionali (OI).

La premessa logica da cui muovere è l'assenza di un impianto concettuale condiviso in dottrina che permetta di valutare la democraticità di OI[5]. La difficoltà parte proprio dalle definizioni: cosa significa democratico e quando una OI può definirsi democratica?

Un limite evidente è nell'impossibilità di applicare *sic et simpliciter* un modello di democraticità concepito a partire dal XVIII secolo per lo Stato, così come di traslare il modello rappresentato dall'Unione europea, formula *sui generis* che potrebbe trovare applicazione al più nelle organizzazioni regionali di integrazione, assunto tuttavia smentito in "climi culturali" differenti da quello europeo[6].

Tuttavia, quella che qui si propone non è una formula per la demo-

[3] Per una sintesi delle "questioni irrisolte" si rinvia all'efficace sistematizzazione operata da T. G. WEISS, R. THAKUR *Global Governance and the UN*, Bloomington, 2010, p. 7 e ss. Gli autori identificano cinque tipologie di "gaps" in global governance: i) knowledge gaps; ii) normative gaps; iii) policy gaps; iv) institutional gaps; v) compliance gaps.

[4] Da ultimo, si veda D. RODRIK, in *The Globalization Paradox*, New York, 2011. L'Autore fonda la propria analisi sull'impossibile coesistenza di democrazia, sovranità nazionale e globalizzazione economica. La scelta - lasciata agli Stati - consente di perseguire a suo avviso due obiettivi su tre. A nostro avviso la soluzione possibile e auspicabile è nella riduzione di sovranità elaborando nuove formule per salvaguardare la democrazia, come si dirà.

[5] Non si vuole qui negare l'esistenza di importanti studi in questo senso, ma solo l'inadeguata diffusione e sedimentazione di valutazioni condivise in dottrina, pur a fronte di tentativi isolati (e perciò ancor più meritori) di sistematizzazione. Si segnala in proposito il bel volume di A. KUPER *Democracy Beyond Borders*, Oxford, 2004, e la valutazione critica in esso operata sulle teorie espresse da J. RAWLS. *The Law of Peoples*, Cambridge, 1999. Entrambi gli autori si collocano in un filone che vede le sue origini nel pensiero di I. KANT, vedi infra, par. 2 e nota 15.

[6] Si veda in proposito P. PENNETTA in *Il regionalismo multipolare asiatico*, Torino, 2003.

crazia globale − che appare allo stato ancora irrealistica − quanto un approccio metodologico che consenta di introdurre tanto alcuni parametri di valutazione della democraticità delle organizzazioni internazionali, quanto di studiare possibili riforme in linea con le aspettative di democraticità di un'embrionale società civile globale.

Sarà a questo punto ben chiaro che l'assunto da cui si parte è l'accettazione dell'irreversibilità dei processi di globalizzazione in atto nonché la necessità che essi siano completati da istituzioni che combinino in misura crescente efficacia e legittimità.

La difesa della democrazia trova autorevoli paladini anche nel differente campo di quanti vogliono restaurare la centralità dello stato quale unico possibile garante dei diritti dei cittadini, una posizione altrettanto legittima ma a nostro avviso (paradossalmente) oggi ben più utopistica[7].

Come si tenterà di dimostrare, tuttavia, il più grave *vulnus* alla democraticità rimane l'intergovernatività strettamente intesa, vale a dire il tradizionale rapportarsi degli stati alla organizzazione internazionale per il solo tramite del proprio apparato di governo – assunto ben radicato nel diritto internazionale classico – che sottende l'incapacità degli Stati non democratici[8] di farsi portavoce di interessi e istanze dei propri cittadini. Il diritto internazionale preferisce ignorare il dato per il quale il difetto di legittimazione dello Stato si riverbera sulle posizioni che esso esprime e sugli organismi a cui partecipa. Si tratta di un problema considerato a lungo insolubile in sede di diritto delle organizzazioni internazionali, salvo il caso in cui un'organizzazione richieda ai suoi membri, come fa l'Unione europea, il requisito della democraticità. È evidente come, nelle organizzazioni a vocazione universale tale limite non sia superabile per mezzo di requisiti di ammissione.[9]

Come vedremo, non è impossibile l'introduzione di elementi di democraticità nell'OI che – se non si pone quale soluzione a tale *vulnus* – ne attenua, in qualche modo, la sostanziale gravità.

[7] D. RODRIK, in *op. cit.*, *passim*.

[8] O meglio di Paesi con un basso tasso di democrazia Si ritiene che la democrazia sia in sé nozione imperfetta e si possa più correttamente parlare di livello più o meno elevato di democrazia, il *Democracy index* calcolato annualmente dal settimanale The Economist, per esempio, distingue tra democrazie complete, imperfette, regimi ibridi e regimi autoritari, sulla base di punteggi minimi e massimi all'interno di ciascuna categoria. Le democrazie complete risultano essere solo 26 su 167 Paesi presi in considerazione. Il *Global democracy ranking* invece, divide i Paesi del mondo in 5 fasce sulla base della qualità delle rispettive democrazie.

[9] Sul conflitto irriducibile tra democrazia e globalizzazione e la sua non superabilità attraverso una riforma in senso democratico delle Nazioni Unite si rinvia a A. BALDASSARRE *Globalizzazione contro democrazia*, Bari, 2002.

Ne consegue che uno studio sulla democraticità delle organizzazioni internazionali non può che essere *de iure condendo*, ovvero, lungi dal voler sistematizzare e definire una realtà statica, deve cogliere delle possibili linee di tendenza della società verso modelli più democratici e supportare l'elaborazione di formule istituzionali che meglio rispondano alle esigenze che in essa si esprimono.

2. *Lo stato dell'arte*

Alcune premesse logiche perché si possano definire come democratici dei contesti normativi internazionali sono senza dubbio condivise in dottrina e sono riconducibili al parametro del rispetto della *rule of law*.

Le organizzazioni internazionali sono chiamate a rispondere a questo parametro di legittimità tanto da una prospettiva esterna dunque del diritto internazionale generale quanto interna, intesa come osservanza, nel loro agire, dei rispettivi trattati istitutivi.[10]

Le OI, nel loro essere anzitutto un insieme di organi, procedure, regole condivise, sono il risultato più riuscito di quella giuridicizzazione delle relazioni internazionali − in ambiti circoscritti, siano essi geografici o settoriali − che è stata senza dubbio un passaggio fondamentale nella costruzione a partire dal secondo dopoguerra dell'ordine globale che oggi conosciamo. Proprio questa giuridicizzazione è pietra angolare a partire dalla quale è oggi possibile l'esistenza di definizioni e modelli condivisi in dottrina. Ne scaturiscono due elementi tipici del diritto delle organizzazioni internazionali: la rinuncia dei consociati a farsi giustizia da sé e l'accettazione di norme comuni, siano esse obiettivi, regole di condotta, procedure e assetti organizzativi. Quanto al primo, troviamo un efficace esempio nell'art. 2 della Carta delle Nazioni Unite, ma anche nel proliferare di corti internazionali, in molti casi in connessione con organizzazioni internazionali o ancora nella previsione di procedure prestabilite per la soluzione in via diplomatica di eventuali conflitti.

Quanto al secondo elemento, ogni statuto, carta o trattato istitutivo di organizzazioni internazionali attesta l'esistenza di norme appartenenti a tutte le categorie menzionate. Questo tuttavia vale per le forme associative fondate sull'*hard law* e appare in forma attenuata in quelle di *soft*

[10] «The focus of legal minds has rather been on the rule of law» A. VON BOGDANDY, *The European Lesson for International Democracy: The Significance of Articles 9-12 EU Treaty for International Organizations*, in *European Journal of International Law*, vol. 23, no. 2, 2012, p. 318.

law. La ripartizione nelle due categorie non appare sempre così netta e la transizione da un modello all'altro è possibile.

La democraticità di una OI non è però riconducibile *sic et simpliciter* al rispetto della *rule of law*, sia perché questa legittima anche le organizzazioni intergovernative edificate sul rapporto di forza o di potere esistente tra i consociati[11] sia perché essa non contempla il rapporto che può esservi (o non esservi) tra l'OI e gli individui. Occorrono dunque, a completamento di questa legittimazione di natura formale, degli elementi di democraticità sostanziale, come appare evidente dalla crescente attenzione prestata in dottrina allo studio dei valori condivisi atti a formarne il substrato, proprio per evitare che la crescente normatività degli organismi internazionali finisca per essere null'altro che un paravento alla loro sostanziale non democraticità.

Importanti scuole di pensiero affrontano da angolazioni diverse tali temi: si vedano i paradigmi dello statismo o del cosmopolitismo[12], ma anche della democrazia transnazionale[13], di rado però tali studi che si focalizzano sul piano filosofico e politologico si traducono in percorsi di analisi e revisione dell'esistente[14]. La filosofia e la teoria generale del diritto, d'altronde, si sono da lungo tempo interrogate sulla struttura ideale della società globale, quella in grado di consentire all'essere umano di superare guerre e divisioni. L'idea di un governo globale democratico, fondato su un assetto federale, fa la sua comparsa nel volume "La pace perpetua" di Immanuel Kant (1795)[15] e riaffiora più volte nel corso del

[11] Si veda, a titolo di esempio, la Comunità di Stati indipendenti (CSI) che riunisce, insieme alla Federazione Russa Armenia, Azerbaigian, Bielorussia, Kirghizistan, Kazakistan, Moldavia Tagikistan e Uzbekistan, nonché il Turkmenistan in veste di associato. Le burrascose vicende della CSI, con la fuoriuscita di Georgia e Ucraina che vi avevano inizialmente aderito sono dovute al rapporto di forza all'interno dell'organizzazione, nettamente sbilanciato a vantaggio della Russia che esercita un ruolo evidentemente egemone.

[12] Si vedano sul tema i numerosi scritti di D. ARCHIBUGI, da ultimo *Cosmopolitan Democracy: a Restatement* in *Cambridge Journal of Education*, vol. 42, no. 1, March 2012, pp. 9-20.

[13] Per un quadro sintetico ma esaustivo dei paradigmi proposti per una nozione di democrazia globale o internazionale (la scelta dei termini non è irrilevante) si rinvia a I.A. SCHOLTE, *Reinventing Global Democracy*, in *European Journal of International Relations*, May 29, 2012. Sul tema si veda anche S. MARKS, *Democracy and International Governance* in *The Legitimacy of International Organizations*, a cura di J. M. COICAUD V. HEISKANEN, Tokyo - New York - Paris 2001, p. 52 e ss.

[14] Anche se vi sono autorevoli eccezioni, si veda J. HABERMAS *The Crisis of European Union. A Response*, Cambridge-Oxford-Boston, 2012.

[15] E prima ancora nel saggio del 1784 *Idea per una storia universale in un intento cosmopolitico*, la cui quinta tesi recita. "Per il genere umano il problema più grande alla cui soluzione la natura lo costringe è il conseguimento di una società civile che amministri universalmente il diritto."

XIX secolo tanto nella storia del pensiero[16] quanto nei movimenti d'opinione[17], non mancherà d'altronde di ispirare prima l'istituzione della Società delle Nazioni, poi la stessa Carta ONU e più recentemente la Corte penale internazionale.

Non mancano però, anche nel campo più strettamente giuridico e calate nella contemporaneità, scuole di pensiero che si interrogano su un tema così cruciale. Tra queste, merita di essere menzionata per prima la corrente di pensiero nota come *global constitutionalism,* che identifica principi e valori costituzionali nell'ambito del diritto internazionale sia per interpretare con il linguaggio del diritto costituzionale le linee di tendenza presenti nella comunità internazionale, che per ravvisare i deficit del diritto internazionale, che – infine − per suggerirne i rimedi, a partire dal deficit di legittimazione.[18]

Sulla stessa scia, sebbene con diversa prospettiva, si muove il *global administrative law*, che osserva le istituzioni internazionali come entità regolatorie soggette ad un emergente diritto amministrativo globale, ravvisando la necessità che ad esse si applichino gli stessi principi di trasparenza, partecipazione e soprattutto responsabilità che operano nelle più moderne amministrazioni.[19]

Inutile dire quanto sia controversa in dottrina la stessa esistenza di questi valori democratici nel tessuto connettivo del diritto internazionale. Proprio l'assenza di una legittimità democratica propria degli enti internazionali è il tallone d'Achille del costituzionalismo internazionale, la lacuna evidenziata tanto da chi propone tale costruzione concettuale quanto da chi ne contesta la validità.[20]

[16] Ci limitiamo a citare, tra i filosofi, Karl-Heinz Krause all'inizio del XIX secolo e Bertrand Russell nel XX, ma anche illustri pensatori come Albert Einstein, Winston Churchill, Mahatma Gandhi.

[17] Il World Federalist Movement si è ufficialmente costituito nel 1947, ma una "*Campaign for World Government*" era in atto già tra le due guerre.

[18] Sul tema è esemplare l'articolo di A. PETERS *The Merits of Global Constitutionalism*, I*ndiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 16 n. 2 (summer 2009), pp. 397-436. Come bene spiega M. KOSKENNIEMI, l'impiego del linguaggio costituzionale, con la sua pregnanza concettuale (auto-determinazione, diritti fondamentali, divisione dei poteri, responsabilità), consente di evidenziare i limiti dell'esistente, che un anodino linguaggio tecnico potrebbe pragmaticamente (o realisticamente) far passare per immodificabile ordinaria amministrazione: *Constitutionalism as a Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization*, in *Theoretical Inquiries in Law*. Vol. 8, Issue 1, pp. 9-36.

[19] Si vedano, a titolo di esempio, B. KINGSBURY, N. KRISCH, R. B. STEWART, '*The Emergence of Global Administrative Law',* 68: 3-4 *Law & Contemporary Problems* (2005), pp. 15-61.

[20] C. TOMUSCHAT, campione del costituzionalismo internazionale, ne ha chiarito in più sedi tale limite pur senza ritenere che esso menomi l'intero impianto concettuale. In

Allargando il quadro al diritto delle organizzazioni internazionali, si vede che il tema del deficit democratico affiora in saggi e manuali ed è oggetto di differenti sistematizzazioni in dottrina, a seconda che l'attenzione si appunti sull'assenza di legittimazione paragonabile a quella elettiva a fronte di processi di natura quasi-legislativa o sull'assenza di efficaci meccanismi di *checks and balances* o ancora sulla mancata garanzia di diritti fondamentali[21]. Tutti e tre gli approcci sono validi giacché osservano da differenti angolazioni lo stesso fenomeno: una insufficiente democraticità; tutti sono complementari nell'offrire delle soluzioni.

Quel che li accomuna è la prospettiva dialettica che si muove tra democraticità e tecnocraticità più o meno elitaria che caratterizza l'organizzazione internazionale ben diversa dalla tensione tra forme di governo democratiche piuttosto che autoritarie esistente a livello statuale.

3. *La domanda crescente di democrazia*

La domanda di democraticità si è progressivamente accresciuta sino a culminare − soprattutto per le organizzazioni che svolgono ruoli di politica economica (IFI, Unione europea)[22] − in conseguenza della crisi finanziaria, che ha messo in luce un fenomeno già noto: la capacità di erosione della sovranità statale in settori chiave del rapporto stato- cittadini

realtà, l'assenza di una legittimità democratica originantesi in un popolo è un ostacolo temporaneo poiché è ben possibile che vi sia un'evoluzione dell'umanità nella percezione di sé come popolo globale. Non così lontane le tesi di J. HABERMAS che immagina come possibile una comunità internazionale decentralizzata, ovvero transnazionale, agglomerata attorno ad attori globali competenti per singole esigenze, tesi non lontana da quella sostenuta in questo scritto. Le posizioni in discorso sono efficacemente ricapitolate da A. VON BOGDANDY ne *Il costituzionalismo nel diritto internazionale: commento su una proposta dalla Germania*, pubblicato in traduzione in *Popoli e civiltà. Per una storia e filosofia del diritto internazionale*, a cura di G. Gozzi e G. Bongiovanni, Bologna, 2006, pp. 183-215

[21] Ben sistematizzate e ricapitolate da J. E. ALVAREZ in *International Organizations as Law-makers*, Oxford, 2005, pp. 630-633.

[22] Come specificato anche da J.S. BARKIN, l'assenza di rappresentatività dei cittadini nei processi decisionali delle OI è percepito come un reale problema in alcune istituzioni internazionali economiche come il WTO, il FMI e la Banca mondiale, l'Autore aggiunge che «Oddly enough, it seems to be less of a problem with international security institutions such as the Security Council, perhaps because of a stronger assumptions that issues as war and peace will be discussed among states more than among populations». Così in *International Organizations. Theories and Institutions*, London New York, 2006, p. 141.

quali i sistemi di welfare o i mercati del lavoro, nei quali la necessità di scelte percepite come democratiche −ovvero legittime, ma anche controllabili e censurabili − è cruciale[23].

Questa domanda di democraticità è in realtà più risalente, ed è diventata plasticamente visibile a partire dal XXI secolo con la creazione del *World social forum* nato nel 2001 a Porto Alegre; essa succede ai movimenti no global che hanno dominato la scena negli anni Novanta. Progressivamente le occasioni di dialogo si sono moltiplicate e sono oggi divenute un fenomeno normale, il riferimento è tanto agli incontri internazionali *a latere* di importanti assise internazionali − come i *civil society policy forums* che accompagnano dal 2008 gli a*nnual* e *spring meeting* del FMI e della Banca mondiale o il *Civil 20* che dal 2010 è il momento di incontro tra G20 e società civile – quanto alla crescita esponenziale del numero di organizzazioni non governative (ONG) che partecipano a meccanismi di interazione più risalenti, come le procedure di consultazione con il Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite previsto dall'art.71 della Carta ONU[24]. Alcune organizzazioni internazionali hanno colto meglio di altre le possibilità offerte dalla disponibilità alla collaborazione delle ONG, giungendo a delegare ad esse compiti di attuazione sul campo delle proprie scelte, ad esempio in settori importanti quali la cooperazione allo sviluppo.[25]

Per rispondere a tali esigenze di interazione sono state introdotte in molte OI *guidelines* specifiche che regolamentano il dialogo con la società civile[26].

Nei momenti aggregativi summenzionati appare evidente una do-

[23] Si vedano il dibattito in Europa sulla gestione della crisi finanziaria ed i contributi di dottrina sulla compressione dei diritti fondamentali e sociali in alcuni stati beneficiari di programmi d'aiuto, in particolare la Grecia, si veda anche la *Risoluzione del Parlamento europeo del 13 marzo 2014 relativa all'indagine sul ruolo e le attività della troika (BCE, Commissione e FMI) relativamente ai paesi dell'area dell'euro oggetto di programmi* (2013/2277(INI)).

[24] Il meccanismo di consultazione è regolato dalla risoluzione 1996/31 ECOSOC. Il Consiglio economico e sociale è l'unico organo delle Nazioni Unite per il quale è prevista una procedura formale di interazione con la società civile. Se nel 1946 le ONG che partecipavano a questo meccanismo erano 41, nel 1992 erano diventate più di 700 e nel 2011 più di 3400 (fonte: *Working with the ECOSOC. An NGO guide to Consultative Status*, United Nations, New York, 2011).

[25] M. P. KARNS, K.A. MINGST*, International Organizations... op. cit.*, p. 219 e ss. Tanto l'Unione europea che la Banca mondiale operano in stretto contatto con la società civile in questo campo.

[26] Si vedano, ad esempio, le Guidelines adottate dal WTO, WT/L/162 il 23 luglio 1996. Nel Fondo monetario, una *Guide for Staff Relations with Civil Society Organizations* fu distribuita allo staff dal Direttore generale nel 2003, reperibile on-line all'indirizzo http://www.imf.org/external/np/cso/eng/2003/101003.htm.

manda di partecipazione della società civile ai meccanismi di governo sovranazionali e transnazionali, come pure una volontà di contribuire all'elaborazione "dal basso" di formule di partecipazione[27] offrendo visioni e modelli alternativi di sviluppo.

Ovviamente, il rapporto tra organizzazioni internazionali e società civile non esaurisce il rapporto tra OI e amministrati, ne si può in alcun modo ritenere la società civile legittimata a fungere da portavoce o interprete di un *demos* globale, la cui stessa esistenza è quanto mai controversa in dottrina[28].

A spiegare la difficoltà di arrivare ad una visione univoca al riguardo intervengono certamente una serie di difficoltà oggettive nel rapporto tra organizzazioni internazionali e amministrati, siano esse di ordine giuridico, come la dubbia soggettività di diritto internazionale degli individui, o semplicemente fattuale, come le distanze, le profonde diversità culturali e linguistiche. Tuttavia, non si può negare una rapida evoluzione in atto nel tessuto sociale che porta di anno in anno un numero crescente di cittadini ad interessarsi a quanto avviene al di fuori e al di sopra della propria sfera nazionale, da veri "cittadini del mondo". Internet ed i *social network* hanno dato per la prima volta voce e strumenti a questo embrionale *demos* globale, che discute, si confronta, cerca risposte e propone soluzioni[29]. Questa è la ragione per la quale, in una globalizzazione per molti aspetti "liquida",[30] è impossibile trarre conclusioni definitive riguardo all'esistenza o meno di un popolo globale, che probabilmente non esiste ancora ma che vive − come insieme di popoli nazionali – una crescente consapevolezza della propria dimensione globale[31].

[27] Una posizione condivisa da M. ENGLER, *How to Rule the World. The Coming Battle Over the Global Economy*, New York, 2008, p. 221 e ss.

[28] Interessante, a questo proposito, la teorizzazione di una "*demoicracy*" operata da K. NIKOLAIDIS con riferimento soprattutto al contesto dell'Unione, ovvero la coesistenza di più *demoi* di riferimento, che possono essere descritti come network transnazionali in cui il dibattito democratico non sia mediato dal livello statale o nazionale. Tale ricostruzione enfatizza la dimensione orizzontale tra cittadini, organizzazioni e istituzioni provenienti da differenti contesti nazionali e accomunati da interessi condivisi. Si veda "The Idea of European Demoicracy" in *Philosophical Foundations of European Union Law,* J. DICKSON P ELEFTHERIADIS, eds., Oxford, 2012.

[29] Impossibile non citare il sito Avaaz (http://www.avaaz.org/) con decine di milioni di membri, che apre alla sottoscrizione petizioni di interesse pubblico globale con un indubbio impatto politico sugli stati che ne sono destinatari. Analoga funzione riveste la piattaforma per le petizioni www.change.org.

[30] L'aggettivo è preso in prestito da Zygmunt Bauman, che lega la sua nota metafora della "modernità liquida" alla globalizzazione insieme ad altre concause.

[31] Ricordiamo, a questo proposito, che nell'Outlook on the Global Agenda 2015 pubblicato on-line dal World Economic Forum, il 77% degli intervistati si espresso con-

Si può certamente condividere la posizione di importanti studiosi che, con riferimento a contesti più limitati come l'Unione europea, ritengono che il consolidarsi della dimensione collettiva di popolo sia un passaggio ineludibile per l'evoluzione verso forme di democrazia mature[32], uno stadio che – con riguardo alla dimensione globale – può essere solo intravisto all'orizzonte ma che rileva nel suo farsi, come elemento essenziale del processo. È questo un punto su cui si tornerà.

4. *Elementi per la costruzione di una teoria: a) la nozione di legittimazione, b) la nozione di* accountability*; c) la nozione di inclusività; d) dalla scomposizione alla ricomposizione.*

Gli elementi proposti per la costruzione di un paradigma della democraticità delle OI sono tipici del modello democratico: legittimazione, responsabilità o *accountability*, inclusività. Essi possono tuttavia essere declinati in modo originale procedendo non secondo una dialettica presenza/assenza ma secondo un percorso di progressivo rafforzamento. Indubbiamente, forme embrionali di legittimazione, di responsabilità e di inclusione già esistono nelle OI, ma ciascuno di questi elementi strutturali della democraticità può essere gradualmente irrobustito.

Definisco questo approccio "sperimentazione democratica"[33] poiché la necessità di inventare formule nuove che si adattino ad ambiti e a settori differenti impone che si proceda empiricamente per tentativi e approssimazioni. Battistrada e modello in questo processo è stato il processo di integrazione europea definito *ab origine* "*sui generis*" o "di nuovo genere" dalla Corte di Giustizia europea[34]. Tale assoluta atipicità ne fa un modello solo in termini di processo, ovvero nella capacità di procede-

cordando sulla necessità di sviluppare nuove strutture di governo globale (la fonte è un sondaggio effettuato sulla Global Agenda dell'anno precedente).

[32] Si vedano in proposito le riflessioni di B. DE GIOVANNI *in Sovranità: il labirinto europeo*, in *Lo Stato*, n.1 (2013), pp. 1-27 e i riferimenti ivi operati ad altri autori.

[33] La formula echeggia la "*experimentalist governance*" impiegata per descrivere l'UE da J. COHEN & C. F. SABEl in *Global Democracy*? in *International Law and Politics*, 37 (2005), p. 779 e da C. F. SABEL & J. ZEITLIN, *Learning from Difference: the New Architecture of Experimentalist Governance in the EU*, vol. 14, no. 3, pp. 271-327.

[34] Il riferimento è alla nota sentenza *Van Gend en Loos*, in cui la Corte per la prima volta definisce la Comunità come un ordinamento «di nuovo genere (…) che riconosce come soggetti non solo gli Stati, ma anche i loro cittadini», sentenza del 5 febbraio 1963 causa 26/62. Tale formulazione è ripresa anche da importanti sentenze successive come la Costa c. ENEL (causa 6/64) ma anche Simmenthal (causa 106/77), Francovich (procedimenti riuniti C-6/90 e C-9/90) e nei pareri 1/91 del 14 dicembre 1991 e 1/2009 dell'8 marzo 2011.

re per approssimazioni successive a forme più mature di democraticità, ma non in termini di esito, ovvero ciascuna organizzazione internazionale è probabilmente destinata a sperimentare formule "di nuovo genere" di legittimazione democratica e non a ricalcare il modello europeo, che è il prodotto di specifiche circostanze storiche, culturali, geografiche.

I tre pilastri della democraticità − legittimazione, *accountability* ed inclusività – sono, a propria volta, scomponibili in più profili sostanziali.

a) La nozione di legittimazione

La legittimazione di un'organizzazione internazionale può essere compiutamente verificata solo attraverso una scomposizione prismatica della nozione nelle sue più rilevanti accezioni.

Un'organizzazione internazionale è percepita come legittima anzitutto in ossequio ad un principio procedurale. È legittima se è stata creata rispettando le regole all'interno dell'ordinamento di riferimento, quello internazionale; se vi è un trattato validamente concluso, a cui gli Stati hanno scelto volontariamente di aderire; se la *lex specialis* così creata vale a creare un sub-ordinamento che rispetta le norme che si è date: i suoi statuti, il suo diritto interno. Alla legittimazione discendente dal rispetto della *rule of law* se ne sovrappone un'altra, più sostanziale, per la quale è percepita come legittima quell'organizzazione che persegue gli obiettivi ad essa attribuiti e rispecchia i valori comuni in cui si riconoscono i suoi membri[35].

Terzo elemento della legittimità è la rappresentatività: un'organizzazione è considerata legittima se i suoi organi sono percepiti come rappresentativi, ovvero se i suoi membri se ne sentono rappresentati. La rappresentatività può essere diretta o indiretta: è diretta qualora tutti i suoi membri partecipino alle scelte, per esempio in qualità di componenti dell'organo deliberante, è indiretta qualora essa sia mediata, nel caso in cui un organo ristretto, per esempio, riceva un mandato o scaturisca da un momento elettivo da parte di un organo direttamente rappresentativo o proprio dalla pluralità dei membri. Gli organi decisionali di un'organizzazione sono dunque legittimati da un maggiore o minore grado di rappresentatività a seconda che essi riflettano direttamente o indirettamente la base associativa. Naturalmente, tale rappresentatività è mediata dai poteri di voto e, in caso di ponderazione di voto, è ben possibile che alcuni Stati, che pure sono rappresentati in quanto tali, non si sentano

[35] M. BARNETT M. FINNEMORE, *Rules for the World. International Organizations in global politics,* p. 166. Gli autori evidenziano come le organizzazioni internazionali siano burocrazie in espansione che legittimano tale fenomeno proprio sulla base dell'ampiezza dei valori e degli obiettivi che le fondano.

adeguatamente rispecchiati nel numero di voti che esprimono[36]. La rappresentatività cui si è fatto riferimento fin qui è – beninteso – la rappresentatività degli Stati membri: alcune peculiarità meritano di essere evidenziate con riguardo alle OI per il fatto che non si sia qui di fronte a una comunità di individui, ma di Stati.

Vi è, anzitutto, l'impossibilità di applicare agli Stati il principio di uguaglianza, connaturato alla nozione di democrazia. Gli Stati sono tutti sovrani e dunque uguali nella Comunità internazionale, ma tale principio non può che essere una *fictio,*[37] gli Stati sono ben lungi dall'essere uguali[38]. Per conseguenza, è generalmente accolto nelle organizzazioni il principio per il quale gli Stati sono diversamente rappresentati in quanto riflettono differenti realtà.

Il principio di uguaglianza appare nell'evo moderno sin dai primi documenti costituzionali del Settecento[39] e trae origine, com'è noto, dalla pari dignità degli esseri umani in virtù della quale tutti i cittadini sono uguali davanti alla legge, tale principio porta a ignorare e addirittura a tentare di porre rimedio alle differenze di fatto che mettono alcuni in una situazione di vantaggio per nascita.

Tale principio di uguaglianza, ove fosse applicato su scala internazionale − così come negli ordinamenti interni − agli individui, ci indurrebbe a privilegiare un criterio demografico per differenziare la partecipazione degli Stati nelle OI che, qualora fosse di rappresentanza proporzionale alla popolazione, azzererebbe la presenza di molti piccoli Stati e vedrebbe crescere a dismisura quella di altri. L'uguale rappresentanza degli Stati e l'uguale rappresentanza dei rispettivi cittadini dunque sono in conflitto tra loro e trovano un punto di compromesso, quanto mai di-

[36] Si veda in proposito l'annoso dibattito su *voice and representation* in seno alle organizzazioni di Bretton Woods, che ha condotto alle revisioni del 2008 e del 2010 delle quote assegnate agli stati membri e agli emendamenti degli *Articles of Agreements* del FMI deliberati nel 2010 e non ancora entrati in vigore.

[37] Come scriveva R. MONACO nel 1961: «Tandis que les principes de l'unanimité et de la majorité simple sont fondés, par rapport à la substance des relations internationales, sur des fictions, les principes de la majorité qualifiée et de la pondération de vote correspondent à la réalité de la vie des organisations internationales. Et quant a nous, nous préférons, même dans ce domaine particulier, la réalité à la fiction», *Le systèmes de vote dans les organisations internationales*, in *Mélanges en l'honneur de Gilbert Gidel*, Paris 1961, p. 482.

[38] Troppi elementi marcano delle differenze tra gli Stati: la dimensione, la popolazione, la taglia delle economie, ma anche il controllo delle risorse naturali o la disponibilità di armamenti.

[39] Si vedano la Dichiarazione di Indipendenza U.S.A. del 1776 e gli artt. 1 e 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino francese del 1789.

screzionale, in seno alle organizzazioni internazionali, che si esprime attraverso ponderazioni e maggioranze speciali[40].

La rappresentatività si declinerebbe ben diversamente qualora considerassimo come soggetti non gli Stati ma i loro cittadini non solo con riferimento al principio di uguaglianza. In tal caso infatti sarebbe opportuno prestare specifica attenzione alla forma di legittimazione principe: il parlamentarismo. Tutti sappiamo quanta parte abbia avuto nel dibattito sul deficit democratico l'evoluzione in Europa del ruolo del Parlamento europeo, ma anche quale valenza simbolica rivesta, sin dal 1950, l'Assemblea del Consiglio d'Europa. Non c'è dubbio che in Europa la democrazia rappresentativa sia la democrazia per eccellenza e il momento elettorale ne sia il culmine. Sebbene questo modello sia stato assimilato anche da alcune altre aggregazioni regionali[41], rimane tuttavia minoritario. È legittimo dubitare che possa essere considerato l'ingrediente necessario per un'evoluzione democratica delle OI.

Non è impossibile, infatti, sperimentare forme crescenti di legittimazione democratica fuori dai canoni classici della democrazia rappresentativa, accogliendo – ad esempio − le tesi di Amartya Sen per il quale ciò che veramente conta è la costruzione di una sfera di dibattito politico che consenta l'esercizio di una ragione pubblica[42] e, d'altronde, un modello condiviso, per essere applicabile su scala più ampia di quella continentale (o per non essere tacciato di eurocentrismo) deve necessariamente

[40] Su quest'argomento rimangono classici alcuni studi che risalgono a diversi decenni fa: R. DRAGO, *La ponderation dans les organisations internationales*, in *Annuaire français de droit international*, 1956, p. 529 ss.; J. KRANZ., *Le vote ponderé dans les organisations internationales*, in *Revue générale de droit international public*, n. 2, 1981, p. 313 ss.; R. MONACO, *Le systèmes de vote dans les organisations internationales*, *cit*, pp. 469 ss.; C.W. JENKS, *Unanimity, the Veto, Weighted Voting, Special and Simple Majorities and Consensus as Modes of Decision in International Organisations*, in *Cambridge Essays in International Law. Essays in Honour of Lord McNair*, London 1965, p. 48 ss; S. ZAMORA, *Voting in International Economic Organizations*, in *The American Journal of International Law*, vol. 74, n. 3 (luglio 1980), p. 566 ss. La materia è stata più recentemente sistematizzata da E. LAGRANGE., *La représentation institutionnelle dans l'ordre international*, Den Haag, 2002. Vedi, da ultimo, M. VELLANO, *Verso il superamento del principio della parità formale degli Stati nel governo dell'economia mondiale*, in *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia*. *Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, a cura di A. LIGUSTRO G. SACERDOTI, Napoli, 2011, p. 153.

[41] Fuori dall'Europa si veda il Parlamento Pan-Africano dell'Unione africana, il Parlamento del Mercosur, ma anche forme di parlamentarismo embrionale come la Commissione consultiva del Consiglio di Cooperazione degli Stati arabi del Golfo (GCC). Una campagna per istituire un'assemblea parlamentare delle nazioni Unite è in atto dal 2007, si veda http://en.unpacampaign.org/.

[42] A. SEN, *La democrazia degli altri. Perché la libertà non è un'invenzione dell'occidente*, Milano, 2005.

ibridare culture, accogliere input diversi e visioni altre e presentarsi come punto d'arrivo di un sincretismo dei valori democratici. Formule innovative sono già state sperimentate in tal senso e non esauriscono certamente il ventaglio (infinito) delle possibilità creative.[43] La stessa possibilità – ampiamente sperimentata in sede europea[44] − di condurre consultazioni aperte on-line prodromiche rispetto ad un'attività normativa, si presta quale strumento di dialogo atto a far crescere qualitativamente e quantitativamente una società civile che interloquisce con le OI sia pure in specifici ambiti settoriali, con l'effetto di incentivare il consolidamento di sottoinsiemi tematici nell'ambito di un *demos* globale, *communities* di cittadini specificamente interessati ad un tema piuttosto che ad un altro (l'ambiente, i diritti civili, la salute etc…). Un modello interessante è offerto dalla *Global Environment Facility* (GEF) che vede negli organi decisionali una rappresentanza bilanciata di contribuenti e beneficiari, un meccanismo di doppia maggioranza e canali procedimentalizzati per coinvolgere i soggetti interessati)[45].

b) *La nozione di accountability*

Un secondo elemento di democraticità di un sistema interviene *ex post*, una volta compiute le scelte, e può essere inscritto nella nozione di "responsabilità", sebbene il termine anglosassone "*accountability*" sia di

[43] Si veda il board multisettoriale che gestisce il *Global Fund to Fight AIDS, Tubercolosis and Malaria*, composto di nove seggi regionali, sei Paesi donatori, due ONGs, una fondazione, una società private, un rappresentante dei malati e quattro osservatori senza diritto di voto (tra cui WHO e Banca mondiale). Altri esempi di ibridazione creativa tra modelli sono il *Kimberly Process* e *l'Internet Governance Forum*. Tra i tentativi di mappare le formule di governance innovativa vanno citati *l'Encyclopedia of Transnational Governance Innovation* e *the Global Institutional Design Project*. Si veda M. P. KARNS, K.A. MINGST*, International Organizations* cit. p. 544 e ss. Un *trend* significativo in atto è quello che vede un ruolo crescente delle partnership pubblico-privato. Si rinvia per approfondimenti al contributo di A. TANCREDI in questo stesso volume.

[44] Il riferimento è alla prassi europea delle consultazioni lanciate dalla Commissione europea attraverso i libri bianchi e verdi che precedono la redazione della proposta di atto normativo e su cui tutti i gruppi interessati, ONG e lobby, hanno la possibilità di esprimere le proprie valutazioni. Il Trattato di Lisbona accoglie tale prassi come espressione di valori democratici, nell'art.11 TUE in cui, nei primi due paragrafi si legge: "1. Le istituzioni danno ai cittadini e alle associazioni rappresentative, attraverso gli opportuni canali, la possibilità di far conoscere e di scambiare pubblicamente le loro opinioni in tutti i settori di azione dell'Unione. 2. Le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile".

[45] La *Global environmental facility* è considerata un laboratorio di *governance* particolarmente interessante e avanzato. Si vedano in proposito N. WOODS, D. LOMBARDI, *Uneven Patterns of Governance: How Developing Countries Are Represented in the IMF*, in *Review of International Political Economy*, 13:3, agosto 2006, pp. 480-515, nonché le notizie e i documenti ufficiali riportati sul sito http://www.thegef.org

maggior respiro e dunque più calzante. Un organo tanto tecnico che politico e un'organizzazione nel suo complesso sono ritenuti *accountable* quando rispondono delle proprie scelte, vale a dire se ne assumono *in toto* la responsabilità[46]. Il principio di *accountability* esige anzitutto l'imputabilità: la conoscibilità del "chi fa cosa". Una seconda dimensione attiene alla necessità che l'organizzazione e/o chi vi rivesta un ruolo debba dichiarare in che modo questo viene eseguito, come viene impiegato il denaro, in quale misura sono stati raggiunti gli obiettivi e quali aspettative sono state soddisfatte. Infine, ciò comporta anche che chi abbia sbagliato possa essere sanzionato o rimosso. *Accountability* è, in fondo, l'esatto contrario di quell'arbitrio che potrebbe astrattamente imputarsi anche a un soggetto pienamente legittimato. Tale nozione presuppone: trasparenza; motivazione delle scelte; garanzie; assunzione di responsabilità; rendicontazione sulle attività svolte; revisione da parte di organi (o organismi) terzi; possibilità di avanzare reclami e, laddove possibile, anche giustiziabilità.

Il più avanzato modello di amministrazione pubblica oggi sembra essere quello che presenta i tratti distintivi dell'*open government*: trasparenza, apertura dei dati e delle informazioni e loro condivisione attraverso le tecnologie digitali. Ben si presta all'applicazione in sede di organizzazioni internazionali poiché contribuirebbe a colmare quella distanza fisica dal cittadino che non consente forme di controllo più dirette.

Un'organizzazione internazionale è *accountable* se mette i propri membri − gli Stati, ma anche i cittadini − in condizione di formulare osservazioni e critiche, se vi da seguito e dispone di strutture e organi deputati al monitoraggio e alla valutazione.

Sebbene vi siano stati molti passi avanti da questo punto di vista, importanti progressi possono ancora essere fatti in due direzioni. Una prima direzione, attiene all'*accountability* dei singoli organi tanto tecnici che politici. In caso di cattiva amministrazione o di fallimento di un'azione intrapresa gli organi di carattere operativo potrebbero essere rimossi/rinnovati? In che modo?[47]

[46] Come scrive A. PETERS, «Constitutionalised international organizations must be accountable. In a constitutionalist framework there is both legal accountability (mainly through judicial review) and political accountability (through the democratic process)...» in *The Constitutionalisation of International Organisations* in *Europe's Constitutional Mosaic* a cura di N. WALKER, J. SHAW, S. TIERNEY, Oxford, 2011, p. 264.

[47] Non può ad esempio, non destare perplessità quanto si legge nell'IMF Country Report No. 13/156 (June 2013) *Greece: Ex Post Evaluation of Exceptional Access under the 2010 Stand-By Arrangement*. È scritto infatti a chiare lettere come il Paese abbia pagato un prezzo sociale troppo elevato a causa del processo di consolidamento di bilancio richiesto dall'intervento di sostegno finanziario: «Market confidence was not restored,

Un secondo indirizzo di riforma potrebbe coinvolgere i livelli di governo sottostanti, rendendo le organizzazioni, seppure in misura ridotta, *accountable* nei confronti degli stessi cittadini e particolarmente delle popolazioni direttamente interessate dagli interventi. Infine vi può e vi deve essere una responsabilità di tipo legale[48].

L'imperfetta rappresentatività che abbiamo assunto come inevitabile, può essere in parte compensata proprio sul fronte dell'*accountability* che può essere invece compiutamente realizzata al livello di governo sopranazionale anche inventando e sperimentando nuove formule giuridiche e istituzionali.[49]

Naturalmente non si può immaginare che i cittadini in forma organizzata possano impedire l'attività di un'organizzazione internazionale o "sfiduciarla" − vi osta l'assenza di legittimazione della società civile a rappresentare la totalità dei cittadini − ma la conoscenza delle circostanze e delle motivazioni alla base delle scelte e delle procedure che hanno condotto ad una decisione deve essere conoscibile e può consentire loro di attivare i rispettivi rappresentanti nazionali e/o di comunicare direttamente con gli organi di controllo interni dell'organizzazione stessa per presentare un reclamo sia esso di natura giudiziaria o politica[50].

Vi sono dunque una pluralità di potenziali soggetti passivi dell'*accountability*: gli Stati, gli *stakeholders*, i cittadini, come vi sono più soggetti attivi: i singoli organi delle OI e le organizzazioni nel loro complesso.

Strettamente connessa alle esigenze di rappresentatività, di *accountability* e di inclusione è la domanda di trasparenza. Si potrebbe anche dire che un'organizzazione internazionale è democratica qualora le due componenti del binomio rappresentatività-*accountability* siano parimenti sviluppate e tra loro coerenti e lo strumento necessario e trasversale per

the banking system lost 30 percent of its deposits, and the economy encountered a much deeper- than-expected recession with exceptionally high unemployment. Public debt remained too high and eventually had to be restructured, with collateral damage for bank balance sheets that were also weakened by the recession. Competitiveness improved somewhat on the back of falling wages, but structural reforms stalled and productivity gains proved elusive». "[N]otable failures" sono quindi esplicitamente riconosciuti, ma senza che alcuna conseguenza ne derivi in termini di responsabilità degli organi competenti.

[48] Si rinvia in questo stesso volume al contributo di P. PUSTORINO.

[49] Cfr sul tema *ILA Report on Accountability*, Berlino Conference (2004), reperibile sul sito dell'International Law Association http://www.ila-hq.org/

[50] Si veda a titolo di esempio *l'Inspection Panel* della Banca mondiale, che può ricevere domande di apertura di un'inchiesta su richiesta dei Comitati esecutivi di BIRS o IDA, direttori esecutivi o anche di "un gruppo di persone" che si ritengano lese da un'azione o omissione della Banca, anche per il tramite di rappresentanti come le ONG.

realizzare entrambe sia la trasparenza[51]. La trasparenza implica la permeabilità, la conoscibilità, la possibilità di comunicare per manifestare esigenze o rimostranze. Attiene alla struttura dei lavori, alla pubblicità e accessibilità dei documenti, all'accesso. Non stupisce dunque che questo tema sia particolarmente evidenziato nei documenti che sono espressione del punto di vista della società civile.[52]

Indubbiamente, anche sotto questo profilo il progresso in molte organizzazioni è innegabile e il contributo offerto da internet è stato quanto mai rilevante. Non è tuttavia sufficiente rendere fruibili i documenti attraverso un sito web se non se ne forniscono le chiavi di lettura: l'indicazione di chi fa cosa, e con quali obiettivi, quali sono gli interessi sottesi ai singoli atti e le valutazioni effettuate, i risultati attesi.

c) La nozione di inclusività

La trasparenza e l'accessibilità acquistano un particolare valore e significato qualora consentano di dialogare con la società civile e dunque di integrare il dialogo con gli Stati inserendo elementi e canali di dialogo diretto con i cittadini e con quegli organismi che si facciano portatori di interessi diffusi[53].

Vi è una stretta parentela tra le nozioni di legittimazione democratica, di *accountability* e quella di inclusività: tutte muovono dalla trasparenza ed implicano la comunicazione. Per inclusività si può intendere la capacità di questa comunicazione − necessaria ai fini dell'attivazione degli strumenti della democrazia partecipativa come dei meccanismi di responsabilità − di raggiungere il più gran numero dei cittadini.

Il coinvolgimento della società civile al di là degli ostacoli evidenti che derivano dall'esistenza di gap culturali, linguistici, digitali per arrivare alle minoranze e alle categorie svantaggiate è l'ingrediente che impedisce che – in prospettiva – i processi sopra descritti e di fatto già avviati rimangano appannaggio di una élite essenzialmente di razza caucasica, anglofona, con elevati titoli di studio, connessa alla rete e capace di

[51] Sul tema si veda D. I. SHAMAN *The World Bank Unveiled. Inside the revolutionary struggle for transparency*, Marion, Michigan, 2009.

[52] Si veda il par. 42 ss. del Rapporto redatto da D. LOMBARDI, *Report on the Civil Society. Consultations with the International Monetary Fund on Reform of IMF Governance* (cosiddetto IV Pillar Report), Washington, DC, 2009, reperibile sul sito http://www.oxonia.org.

[53] Una ricca panoramica delle interazioni tra società civile e organizzazioni internazionali è offerta in J. A. SCHOLTE (a cura di) *Building global democracy? Civil Society and Accountable global governance*, Cambridge, 2011.

sfruttarne le potenzialità[54]. Sono questi, infatti, i tratti caratterizzanti la gran parte della società civile attiva a livello globale che oggi vediamo svolgere un ruolo preziosissimo di avanguardia che però non potrà indefinitamente rimanere tale. Una nozione di democraticità che ambisca a superare il dato formale per giungere ad essere sostanziale richiede strumenti di inclusività *ad hoc* finalizzati alla comunicazione mirata e alla partecipazione più ampia possibile, sia pure nell'ambito di target circoscritti. Valori quali il pluralismo, l'accettazione e l'integrazione delle diversità sono elementi fondanti di una nozione di democrazia compiuta. Inutile dire che tutto ciò presuppone il superamento del gap noto come *digital divide*, sia in termini culturali che – a maggior ragione – infrastrutturali[55].

d) Dalla scomposizione alla ricomposizione

Alla scomposizione segue una ricomposizione caso per caso, secondo un approccio che potremmo definire costruttivista, dato che la maggiore o minore democraticità è frutto della creazione normativa ed è creata nella norma del trattato o nella dichiarazione di intenti prima che nella realtà. E prima ancora nella nozione di democraticità che si assume a punto di riferimento.

In questo modo, al negoziatore, a tutti i livelli, è attribuito un ruolo di inventore, che non va tuttavia assolutizzato perché è sempre possibile l'intervento correttivo. Anche in questo senso, l'esperienza comunitaria ha segnato un cammino esemplare ponendosi quale realtà in divenire, quale cantiere istituzionale aperto che incoraggia le proposte di modifica costruttive, a differenza di altri sistemi e organismi in cui il trattato istitutivo è rivestito di una sacralità che non è soltanto il portato della difficoltà dei processi di revisione[56].

Esperimenti interessanti sono già visibili, contaminazioni a partire da modelli di successo[57], ma vi sono anche profonde differenze culturali

[54] ID, *Civil Society and IMF Accountability* in *Building Global Democracy?*, cit., p. 80 e ss.

[55] Si veda la mappa riportata da Business Insider il 14 settembre 2014, che riporta la densità delle connessioni ad internet nel mondo, ove si evidenzia la rarefazione dei collegamenti in buona parte dell'Africa e dell'Asia centrale http://www.businessinsider.com/this-world-map-shows-every-device-connected-to-the-internet-2014-9.

[56] Ad esempio, nel FMI la maggioranza dei voti richiesta per emendare gli *Articles of agreement* è l'85% dei voti, la stessa necessaria ai fini della revisione quinquennale delle quote, eppure quest'ultimo processo è politicamente ben più facile nonostante siano gli stessi attori e le stesse procedure.

[57] Si veda la dinamicità dei fenomeni associativi in sud America e l'influenza esercitata dal modello europeo. In proposito P. PENNETTA *Integrazione europea ed integrazioni latino-americane e caraibiche: modelli e rapporti*, Bari, 2009.

che impediscono di trovare soluzioni e formule universalmente applicabili. Ciò che si può trovare è piuttosto il metodo e più ancora i valori/obiettivo che si vogliono perseguire, con *nuances* che riflettano le differenze culturali e di contesto e graduino in funzione dello stadio evolutivo in atto. Come già avvenuto con il processo di integrazione europea, quindi, altre organizzazioni internazionali possono sperimentare formule istituzionali che diano vita ad ordinamenti di nuovo genere: nuovo e diverso.

Un senso di disagio potrebbe coglierci a causa della nostra esigenza cartesiana di classificare per comprendere, ma è opportuno chiarire che quel che si propone non è un mondo "*à la carte*" bensì un'evoluzione progressiva verso valori condivisi, che vedrebbe variare le modalità e i tempi, non gli obiettivi finali. Allo stesso tempo, questo approccio è atto a ricomprendere in una cornice teleologica una serie di piccole evoluzioni già in atto fornendone una chiave di interpretazione. Il riferimento è all'intensificarsi di strumenti di reclamo[58], di organi di controllo[59], di occasioni di dialogo strutturato con la società civile[60] che sono oggi osservabili.

5. *Un ingrediente essenziale: la sopranazionalità*

Una naturale obiezione merita una risposta fin d'ora: l'assenza in partenza di una visione complessiva può minare l'esito del processo evolutivo? L'esperienza della Comunità economica europea divenuta Unione sembra poter offrire delle risposte: vi sono geni nel DNA dei sistemi atti a condizionarne l'evoluzione. Ritengo che il gene della sovranazionalità sia stato cruciale nel condizionare l'evoluzione europea e che – qualora faccia la sua comparsa in un sistema − possa dotarlo di una ca-

[58] Si veda l'*Inspection Panel* della Banca mondiale, di cui alla nota 50, creato nel 1993, o gli *United Nations Ombudsman and Mediation Services*. L'ufficio dell'Ombudsman è istituito nel 2002, a partire dal 2006 esso serve anche UNDP, UNFPA, UNOPS ed UNICEF, negli anni successivi estende ulteriormente il proprio mandato e si dota di strutture decentrate;

[59] Nella Banca mondiale, l'*Independent Evaluation Group*, precedentemente denominato *Operations Evaluation Department*, è il sistema di controllo interno della Banca sull'attività svolta, caratterizzato da forte autonomia. Dal 1993 rende in buona parte accessibile l'esito delle sue valutazioni attraverso la pubblicazione della *Annual Review of Evaluation Results* e delle sintesi dei suoi rapporti. Analogamente, seppure in ritardo rispetto alla Banca, con deliberazione del Comitato esecutivo il Fondo ha creato, nel 2001, un *Independent Evaluation Office*. Nell'ambito dell'ONU nel 1994 l'Assemblea, con risoluzione 48/218B, istituisce l'*Office of Internal Oversight Services (OIOS)*, per assistere il Segretario Generale; nel 2008 viene istituito l'*Independent Audit Advisory Committee (IAAC)* per supportare l'Assemblea generale nei propri compiti di vigilanza

[60] Quali quelle menzionate nel par. 3.

pacità di propulsione sulla propria stessa evoluzione. Si può affermare che esso è presente (sia pure in minime dosi) laddove sia riconosciuto uno status agli individui, un ruolo ai corpi intermedi che li rappresentano o agli organi composti da individui − sia pure limitato − nell'ambito di un sistema di *governance*.

Anche un'organizzazione classicamente intergovernativa può sperimentare forme limitate di sovranazionalità tutte le volte in cui stabilisce un rapporto diretto con gli amministrati che sia mediante la previsione di organi consultivi rappresentativi della società civile o di specifiche categorie[61], di consultazioni aperte e di momenti assembleari, di canali che consentano ai diretti interessati (come individui o in forma associata) di presentare reclami direttamente all'organizzazione. Naturalmente, è ben ragionevole che, in organismi fondati sulla *soft law* anche questi momenti siano frutto di *soft law* e prassi e non c'è da stupirsi se i giuristi non vedono in questo una compiutezza di diritti. Non siamo certo nell'ambito della democrazia rappresentativa né tantomeno diretta, ma si può convenire su forme larvali di democrazia partecipativa, che possono nel tempo maturare come regredire.

Proprio la capacità di un'organizzazione internazionale di legittimarsi direttamente a partire dai cittadini − eventualmente creando forme di cittadinanza *ad hoc*[62] − offrirebbe la risposta all'ostacolo insormontabile dalla imperfetta democraticità dei suoi Stati membri o nella incapacità di Stati pure democratici, di fungere quali cinghie di trasmissione di istanze democratiche in contesti intergovernativi dominati dalla ragion di stato e da un non ben precisato interesse nazionale appaltato ai governi spesso senza controllo da parte dei parlamenti nazionali. La democrazia globale o è – in qualche misura − sovranazionale o non è.

Ci si potrebbe chiedere a questo punto quanto possano progredire sulla strada della democratizzazione quelle OI che accolgono quali valori fondanti sovranità nazionale, sovrana uguaglianza, indipendenza e non interferenza[63], eppure a dispetto di tali assunti anche queste hanno capacità evolutive.

[61] Anche in organizzazioni tipicamente intergovernative ricorre la presenza di organi consultivi di rappresentanza parlamentare, così come non è raro che vi siano organi di esperti o di rappresentanti degli ambienti economici. Si veda P. PENNETTA, *op. cit*., pp. 222-230.

[62] Come prospettato da A. VON BOGDANDY, *The European Lesson for International Democracy: The Significance of Articles 9-12 EU Treaty for International Organizations*, *European Journal of International Law*, cit.

[63] Si vedano, a titolo di esempio, i documenti fondativi dell'Asia Pacific Economic Cooperation (APEC Summary Statement 1989 sub 16); della South Asian Association

I fattori che possono determinare un'evoluzione nella strutturazione progressiva della cooperazione internazionale possono essere tanto esogeni che endogeni, ed a loro volta anche i processi di democratizzazione possono esserne condizionati: crisi economiche, catastrofi naturali, minacce alla pace possono in determinate circostante fungere da catalizzatori di riforme[64]. Parimenti, movimenti di piazza e rivendicazioni diffuse nell'opinione pubblica possono determinare il clima in cui maturano consapevolezza e volontà politica del cambiamento.

La democrazia post-nazionale e post-territoriale è indubbiamente ancora da costruire, ma condividiamo l'assunto per il quale «global spaces are not inherently undemocratic»[65], quel che si richiede per colmare tale lacuna è l'assenza di pregiudiziali fondate sull'esperienza dello stato sovrano territoriale. La democrazia nazionale non è probabilmente destinata a tramontare, né tantomeno a "cedere il passo" in tempi brevi a forme di democrazia relative a più ampi contesti territoriali. Piuttosto, menomata com'è dai processi di globalizzazione in atto, richiede un necessario completamento a livello sovranazionale.

for Regional Cooperation del 1985 (art. II SAARC Charter); dell'Indian Ocean Rim – Association for Regional Cooperation del 1997 (art. 2 (i)).

[64] Come scrive I. Golding: «The establishment of shared systems of rules to promote inclusive and sustainable globalization is urgently needed. The question is whether this will be in time to proactively address systemic global crises or whether reform must emerge from the ashes of a devastating crisis as has been the historical norm», *Divided Nations. Why Global Governance is Failing and What we Can Do about It*, Oxford, 2013, p. 178.

[65] Come scrive I. A. SCHOLTE, a seguire, «Many of the initiatives mentioned (…) indicate that globalization and democratization can be complementary. The future requires not a reversal of globalization, but a post-sovereign politics. concerted search for new concepts and practices that can make democracy work in post-territorialist, post-sovereign politics». in *Globalization. A Critical Introduction*, London-New York, 2000, p. 282.

LA REPRESENTATION PARLEMENTAIRE AU SEIN DES INSTITUTIONS INTERNATIONALES

Daniel TURP[*]

SOMMAIRE : 1. La représentation parlementaire au sein des institutions européennes. – 2. La représentation parlementaire au sein des institutions internationales africaines, américaines, arabes et asiatiques.

Je remercie le professeur Michele Vellano d'avoir bien voulu m'associer à ce colloque commun des sociétés italienne et française de droit international. Le présent colloque ne va pas d'ailleurs sans me rappeler la tenue d'un événement semblable qu'avaient organisé ensemble la Société québécoise de droit international et la Société française pour le droit international à Montréal et à Québec du 4 au 11 octobre 1992[1].

S'intéresser à la représentation démocratique telle qu'elle résulterait de la présence en sein des organisations internationales de représentants d'assemblées parlementaires est un défi fort intéressant à relever. Et s'agissant de représentation, et plus précisément de représentation démocratique, et avant de mesurer l'implication des assemblées parlementaires au sein d'organisations internationales, n'est-il pas opportun de chercher à définir ces notions. Sans entrer dans toutes les acceptions de ce terme polysémique auquel ne semble échapper aucune science sociale[2], il est permis de rappeler que dans son acception juridique générale, il signifie le « procédé juridique en vertu duquel le ‘‘ représentant ‘‘ accomplit un acte au non et pour le compte du « représenté »[3].

[*] Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Président du Conseil de la Société québécoise de droit international.

[1] Les textes des communications présentées lors de ce colloque commun SFDI-SQDI ont été publiés en 1992 dans le volume 7 de la *Revue québécoise de droit international*. Les conclusions du colloque avaient été prononcées par le président en exercice de la SFDI à cette époque : voir R. DUPUY, *L'héritage et la promesse*, in 7 *Revue québécoise de droit international*, 1991-1992, p. 251.

[2] Voir à ce sujet l'ouvrage de H. PITKIN, *The Concept of Representation*, Berkeley, 1967. Voir aussi M. SAWARD, *The Representative Claim,* Oxford, , 2010.

[3] Voir l'entrée « Représentation » dans LAROUSSE, *Dictionnaire français en ligne*, en ligne www.larousse.fr/dictionnaires/francais/représentation/ 68483?q=représentation #67734.

La notion de représentation a une acceptation particulière en droit international général qui a été fort bien cernée par la doctrine[4] et se voit donner une signification encore plus précise dans le droit des organisations internationales. Ainsi, ce droit engendre des règles qui organisent la représentation auprès de l'organisation internationale et, pour citer les vues d'une publiciste, c'est « vers l'acte constitutif qu'il convient de se tourner en tant qu'il organise la représentation […] »[5]. Ces actes constitutifs sont ceux qui déterminent les procédés juridiques par lesquels les États qui sont à l'origine de création de telles organisations y sont représentés, y « accomplissent un acte au non et pour le compte du représenté », et peuvent, comme nous le constaterons, ouvrir la voie à une représentation d'une nature parlementaire.

La place occupée au sein d'organisations internationales par des personnes issues de parlements nationaux ou de personnes élues former les organes parlementaires de ces organisations soulève aussi la question de l'existence possible d'une « démocratie internationale ». Evelyne Lagrange présente d'ailleurs cette notion de démocratie internationale comme « l'une de ces locutions tenaces qui en rien ne s'accordent aux institutions internationales et paraissent pourtant coller à leur développement »[6]. Après s'être demandé ce que l'on revendique « au juste » par la démocratie internationale, elle suggère :

> La démocratie « internationale », idéal ou processus amorcé, doit être rendue aux peuples. Alors, la démocratisation des institutions internationales ne conservera que deux significations possibles : la désignation de représentants par les peuples ou à la rigueur par leurs représentants élus ; l'approbation ou l'autorisation populaire, à la rigueur parlementaire, de l'adhésion des États à l'organisation internationale, seulement si elle est appréciée par le droit international, inscrite dans l'acte constitutif comme condition de son entrée en vigueur[7].

À cet égard, l'on ne connaît pas d'actes constitutifs d'organisations internationales qui aient posé eux-mêmes l'exigence de l'approbation populaire ou parlementaire de l'adhésion des États aux institutions internationales. En revanche, la désignation ou l'élection de personnes au

[4] Voir R. DAOUDI, *La représentation en droit international public*, Paris, 1980.

[5] Voir É. LAGRANGE, *La représentation institutionnelle dans l'ordre international : une contribution à la théorie de la personnalité internationale morale des organisations internationales*, La Haye, 2002, p. 15.

[6] *Id*., p. 125.

[7] *Id*., p. 126.

sein d'organes parlementaires d'institutions internationales est aujourd'hui une réalité qu'il importe de mieux connaître.

S'agissant de cette représentation parlementaire au sein des institutions internationales, il importe d'ailleurs distinguer les institutions parlementaires internationales des organes parlementaires des institutions internationales. Ainsi, il existe des institutions parlementaires internationales qui ne sont pas liées de façon organiques à des institutions internationales. Il en va ainsi pour l'Union interparlementaire qui est l'une des plus anciennes institutions de cette nature et qui regroupe le plus grand nombre d'assemblées parlementaires[8]. On peut également inclure dans cette catégorie le Parlement d'Amérique latine (Parlatino)[9], le Parlement d'Amérique centrale (Parlacen)[10] et l'Union Inter-Parlementaire Arabe (U.I.P.A)[11] qui n'ont, ni l'un ni l'autre, des relations organiques avec des organisations internationales des régions d'où émanent les parlementaires qui y siègent. Il existe de même un nombre impressionnant d'autres institutions de cette nature qui se présentent comme des confédérations, conférences, conseils, groupes ou réseaux regroupant des parlementaires, mais qui ne sont pas des organes parlementaires d'institutions internationales[12].

[8] L'Union interparlementaire (www.ipu.org) a été créée en 1889 et a son siège à Genève. Elle se définit comme un foyer de la concertation interparlementaire à l'échelle mondiale oeuvrant pour la paix et la coopération entre les peuples et l'affermissement de la démocratie représentative. Pour connaître ses activités, voir UNION INTERPARLEMENTAIRE, *De meilleurs parlements pour des démocraties plus fortes- La stratégie 2012-2017 pour l'UIP*, Genève, UIP, 2011, en ligne www.ipu.org/pdf/publications/strategy-f.pdf.

[9] Établi en 1964, le Parlatino (www.parlatino.org) se définit comme un parlement régional, permanent et unicaméral composé des parlements nationaux des pays d'Amérique latine dont l'objectif premier est de promouvoir le développement et l'intégration de la communauté latino-américaine sur les plans économique et social, ainsi que politique et culturel. Le siège du Parlatino se situe à Panama. Au sujet de ce parlement international, voir B. PAREDES, *El Parlatino y la integracion latinoamericana*, *Revue du Sénat de la République*, n° 18, Mexico, 2000, p. 13-17.

[10] Le Parlement centraméricain (www.parlacen.int) a été institué en 1987 par le *Traité constitutif du Parlement d'Amérique centrale et d'autres instances politiques*. Pour une présentation de ce parlement, voir Le Parlement d'Amérique centrale, en ligne www.parlacen.int (Informacion, Languages, Frances).

[11] L'U.I.P.A est composée de groupes parlementaires représentant les parlements et assemblées arabes et a été créée en 1974 avec la participation de représentants des parlements des pays arabes suivants : Bahrein, Égypte, Jordanie, Koweit, Liban, Mauritanie, Palestine, Soudan, Syrie et Tunisie. Pour d'autres informations, consulter le site de l'UIPA à l'adresse www.arab-ipu.org.

[12] Voir à ce sujet les tableaux 1 à 4 présentant diverses institutions parlementaires internationales dans C. KISSLING, *The Legal and Political Status of International Parliamentary Institutions*, Committee for a Democratic U.N., Background Paper #4, Berlin,

Si l'on cherche à identifier les institutions internationales au sein desquelles existe un véritable organe parlementaire, on en dénombre 24. L'existence de tels organes a été consacrée par les actes constitutifs des institutions internationales ou a résulté de décisions ou autres actes de ces mêmes institutions. Un tableau qui présente les organes parlementaires de ces 24 institutions internationales se trouve en annexe.

Un examen des actes constitutifs et des autres instruments qui régissent la vie des organes parlementaires de ces institutions internationales permet de tirer quelques enseignements utiles en regard de la représentation parlementaire en leur sein. Nous examinerons cette question en nous intéressant d'abord aux institutions européennes (I) et en examinant ensuite les institutions africaines, américaines, arabes et asiatiques (II).

1. *La représentation parlementaire au sein des institutions européennes*

S'agissant de la représentation parlementaire au sein des institutions internationales européennes, l'organe parlementaire le plus connu et le plus important est le Parlement européen. Le Parlement de Strasbourg est présenté comme une institution supranationale dans la mesure où il exerce, en conformité avec l'article 14 § 1 du *Traité sur l'Union européenne*, et ce conjointement avec le Conseil des ministres, « les fonctions législative et budgétaire ». Prenant la forme du règlement, de la directive et de la décision, la législation de l'Union européenne a un caractère obligatoire pour les États membres et son respect est susceptible de faire l'objet d'un contrôle par la Cour de Justice de l'Union européenne. Le Parlement européen est par ailleurs le seul organe parlementaire d'une institution internationale européenne dont les membres sont élus au suffrage universel. Comme le prévoit l'article 14 § 2 du *Traité sur l'Union européenne, «* [l]e Parlement européen est composé de représentants des citoyens de l'Union », [l]eur nombre ne dépasse pas sept cent cinquante, plus le président », [l]a représentation des citoyens est assurée de façon dégressivement proportionnelle, avec un seuil minimum de six membres par État membre » et « [a|ucun État membre ne se voit attribuer plus de quatre-vingt seize sièges ». Huit élections ont eu lieu depuis l'instauration de ce suffrage universel en 1979[13].

2011, p. 54-75. Voir aussi l'ouvrage de L. M. DE PUIG, *Les parlements internationaux*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2008.

[13] Il y a lieu de souligner par ailleurs l'existence de la Conférence des organes spécialisés dans les affaires communautaires et européennes des Parlements de l'Union européenne (COSAC). Bien qu'elle ne constitue par un organe de l'Union européenne, la

En 1949, le *Statut du Conseil de l'Europe* a institué quant à lui une organisation internationale de coopération visant à rassembler tous les États du continent européen. Cet objectif est, pour l'essentiel atteint aujourd'hui puisque le Conseil compte 47 États membres comprenant 800 millions d'Européens. À son article 23, le Statut institue une Assemblée consultative, rebaptisée Assemblée parlementaire, dont la fonction est de délibérer et formuler des recommandations sur toute question répondant au but et rentrant dans la compétence du Conseil de l'Europe, et qui lui, est soumise pour avis par le Comité des Ministres. L'article 25 a) du Statut prévoit que l'Assemblée parlementaire est composée « de représentants de chaque membre, élus par son parlement en son sein ou désignés parmi les membres du parlement selon une procédure fixée par celui-ci ». Le nombre de membres est déterminé en fonction de la population des 47 États qui forment le Conseil de l'Europe et celui-ci varie entre 2 et 18 parlementaires par État. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe compte aujourd'hui 636 membres[14].

Plusieurs institutions européennes de coopération économique se sont également dotées d'un organe parlementaire. Ainsi, en est-il de l'Association européenne de libre-échange (AELÉ) dont l'une des instances est le Comité parlementaire[15]. Les Parlements nationaux des quatre États membres de l'AELÉ (Islande, Liechtenstein, Norvège, Suisse) désignent chacun cinq (5) de leurs membres et 20 personnes siègent donc au sein de cet organe parlementaire. L'*Accord sur l'Espace économique européen* crée quant à lui une association regroupant les membres de l'AÉLE, à l'exception de la Suisse, ainsi que les 28 membres de l'Union européenne. Il prévoit une coopération parlemen-

COSAC a été mentionnée dans le Protocole sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne annexé au *Traité d'Amsterdam*. En vertu de l'article 10 du Protocole n° 1 sur le rôle des parlements nationaux dans l'Union européenne du *Traité de Lisbonne*, la COSAC peut notamment « soumettre toute contribution qu'elle juge appropriée à l'attention du Parlement européen, du Conseil et de la Commission ». Pour plus d'information sur la COSAC, voir son site électronique à l'adresse www.cosac.eu.

[14] Au sujet de cette représentation, voir CONSEIL DE L'EUROPE, *Structure- Représentation parlementaire*, en ligne http://website-pace.net/fr/web/apce/parliamentary-representation. Voir aussi B. HELLER, *La contribution de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe au renforcement de la démocratie en Europe*, 55 *Informations constitutionnelles et parlementaires*, 2005, p. 32.

[15] L'institution d'un Comité des parlementaires est fondé sur l'article 43 § 3 de la *Convention instituant l'Association Européenne de libre-échange* qui renvoie à l'annexe S de la convention. La décision d'instituer un Comité des parlementaires a été prise en 1976 et au terme de la décision, le comité doit servir d'organe consultatif sur toute question relevant du champ d'activité de l'Association et de véhicule d'informations sur ces questions entre celles-ci et le parlementaires des pays de l'AELÉ : voir « Association européenne de libre-échange », (1977) 25 *Annuaire européen* 568, à la p. 597.

taire et a institué à cette fin un organe dénommé Comité parlementaire mixte de l'EÉE. Selon l'article 95 de l'accord, celui-ci est composé d'un nombre égal de membres du Parlement européen, d'une part, et de membres des parlements des États de l'AELE, d'autre part. Le nombre total des membres du Comité a été fixé par le statut figurant dans le protocole 36 de l'accord et compte 66 membres[16]. Le Bénelux compte également parmi ses organes un Conseil parlementaire consultatif, connu comme le Parlement Bénelux. Il se compose de 49 membres issus des parlements des trois pays membres, dont 21 chacun pour la Belgique et les Pays-Bas et sept (7) pour le Luxembourg[17]. Le Conseil nordique est quant à lui une institution de coopération interparlementaire. Il est composé de 81 délégués des parlements des cinq États membres du Conseil (Danemark (16), Finlande (18), Islande (7), Norvège (20) et Suède (20) et de 6 déléguées supplémentaires issus des assemblées des Îles Féroé (2), Groenland (2) et d'Åland (2)[18].

Trois autres organes parlementaires d'institutions internationales dont font partie des États du continent européen existent. Il s'agit d'abord de l'Assemblée parlementaire de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE), dont font partie 54 États européens et au sein de laquelle le Canada et les États-Unis d'Amérique ont également le statut d'États participants, et qui compte 320 membres[19]. L'Assemblée parlementaire de la Communauté des États indépendants (CÉS) dont la création a été approuvée lors de la première conférence interparlementaire de la CÉI en 1992, est régie par l'article 37 de la *Charte établissant la Communauté des États indépendants* qui prévoit que l'assemblée sera formée de délégations parlementaires. Sa composition est arrêtée par l'article 3 de la *Convention sur l'Assemblée interparlementaire des États membres de la Communauté des indépendants* signée en 1995[20]. Bien qu'elle soit moins connue, l'Organisation pour la

[16] Le texte du protocole n° 36 est accessible *Journal officiel de l'Union européenne,* n° L 001, 3 janvier 1994, p. 205 en ligne http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:21994A0103%2837%29.

[17] Voir au sujet du Parlement Bénélux, www.beneluxparl.eu.

[18] Il existe également un Conseil nordique des ministres qui est une institution de coopération intergouvernementale. Pour des informations, voir le site électronique commun au Conseil nordique et au Conseil nordiques des ministres à l'adresse www.norden.org.

[19] Au sujet de l'Assemblée parlementaire de l'OSCE, consulter le site qui lui est consacré à l'adresse www.oscepa.org. Pour la répartition des 320 sièges entre les 56 États participants (auxquels s'ajoutent les deux sièges du membre d'honneur qu'est le Vatican), voir OSCE, *Assemblée parlementaire de l'OSCE- Surmonter les différences, bâtir la confiance*, en ligne www.osce.org/fr/pa/89434?download=true.

[20] Le texte de la *Charte de la Communauté des États indépendants* peut être con-

démocratie et le développement économique, créée en 1997 et identifiée par l'acronyme GUAM (Géorgie, Ukraine, Azerbaïdjan, Moldova), s'est également dotée en 2004 d'un organe parlementaire. Celui-ci est composé de 24 membres, à raison de 6 parlementaires délégués par les quatre des parlements nationaux des États du GUAM[21].

2. *La représentation parlementaire au sein des institutions internationales africaines, américaines, arabes et asiatiques*

Sur le continent africain, quatre organisations internationales parlementaires comptent en leur sein des organes parlementaires. Ayant succédé en 2002 à l'Organisation de l'Unité africaine (OUA) dont la création avait eu lieu en 1963, l'Union africaine est dotée d'une assemblée consultative qui porte le nom de Parlement panafricain. Instituée par l'article 5 c) de l'*Acte constitutif de l'Union africaine* de 2004 et siégeant à Midrand en Afrique du Sud, cette institution rassemble 235 parlementaires élus par les législatures de 47 des 54 membres de l'Union africaine, Comme l'énonce l'article 17 de l'Acte constitutif, ce Parlement vise à assurer la pleine participation des peuples africains au développement et à l'intégration économique du continent. Le *Protocole au Traité instituant la Communauté économique africaine relatif au Parlement panafricain* précise quant à lui, en son article 2 § 3, que « l'objectif ultime du Parlement panafricain est de devenir, à terme, une institution dotée des pleins pouvoirs sur le plan législatif et dont les membres sont élus au suffrage universel direct ». Il ajoute toutefois que « jusqu'à ce que les États membres en décident autrement par amendement du présent Protocole le Parlement panafricain ne dispose que de pouvoirs consultatifs »[22].

sulté à l'adresse www.dipublico.org/100617/charter-establishing-the-commonwealth-of-independent-states-cis. La *Convention sur l'Assemblée interparlementaire des États membres de la Communauté des indépendants* a été adoptée le 26 mai 1995, mais ne lie que neuf des 11 États membres de la CÉI. L'article 3 de la convention n'indique toutefois pas le nombre de délégués que chaque parlement peut désigner. La convention est accessible, dans sa version russe, à l'adresse www.iacis.ru/upload/iblock/fee/conv_ipa.pdf.

[21] Les articles 1 et 3 du Règlement intérieur de l'Assemblée parlementaire, et en particulier l'article 3 § 3 qui fixe le nombre de six représentants par parlement national. Le texte de ce règlement est accessible, dans sa version russe, à l'adresse guam-organization.org/en/node/686.

[22] Les informations relatives au Parlement panafricain sont accessibles à l'adresse www.pan-africanparliament.org.

Trois communautés économiques en Afrique ont également un bras parlementaire. S'agissant de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CÉDÉAO), son Parlement a été créée en 1994, mais n'a débuté ses travaux qu'en 2001. Il a fait l'objet d'une restructuration en 2006[23]. Décrit comme « l'assemblée représentative des populations de la Communauté », le Parlement ne légifère pas. Il donne des avis consultatifs à la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement et au Conseil des Ministres. Ses députés proviennent des parlements nationaux des États Membres et sont au nombre de 115. Chaque État Membre détient un minimum de cinq (5) sièges. Les sièges restants sont répartis entre les États Membres, au prorata de la population[24]. Créé par le *Protocole instituant le Réseau des Parlementaires de la Communauté Economique des États de l'Afrique Centrale* (REPAC), un organe parlementaire participe à la vie de la Communauté économique des États de l'Afrique centrale (CEEAAC) et rassemble 50 personnes[25]. Créée en 1999, la Communauté d'Afrique de l'Est (CAE) dispose quant à elle d'une assemblée législative composée compte 52 membres, dont 45 sont élus (neuf de chacun des cinq États membres) et 7 membres *ex officio*[26]. Comme pour le Parlement de la CÉDÉAO, ces deux derniers organes parlementaires ne détiennent que des pouvoirs consultatifs et formulent à l'intention des autres organes des communautés des recommandations.

Deux autres communautés économiques sont également munies d'une branche parlementaire. Il s'agit du de la Communauté économique et monétaire d'Afrique centrale (CEMAC) dont la Commission interparlementaire est composée de 30 députés et à laquelle devrait succéder un

[23] Le Parlement de la CÉDÉAO a été créé par l'article 13 du *Traité révisé de la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest* du 24 juillet 1993. Le *Traité Révisé* précise que le mode d'élection des membres du Parlement, sa composition et ses attributions, ses pouvoirs et son organisation sera arrêté dans un protocole. Ainsi, le *Protocole A/P.2/8/94 relatif au Parlement de la Communauté* a été adopté le 6 août 1994 et est entré en vigueur le 14 mars 2002. Il a été amendé par le *Protocole Additionnel A/SP.3/06 du 14 juin 2006 relatif au Parlement de la communauté.*

[24] La répartition des sièges est la suivante au sein du Parlement de la CÉDÉAO est la suivante : Bénin (5), Burkina Faso (6), Côte-d'Ivoire (7), Gambie (5), Ghana (8), Guinée (6), Guinée Bissau (5), Libéria (5), Mali (6), Niger (6), Nigéria (35), Sénégal (6), Sierra Leone (5) et Togo (5). Pour d'autres informations sur ce parlement, voir le site du Parlement CÉDÉAO à l'adresse www.parl.ecowas.int/parlement.html#.

[25] La CÉEAC comprend 10 membres : Angola, Burundi, Cameroun, Centrafrique, Congo, Congo Démocratique, Gabon, Guinée Equatoriale, Sao Tome et Principe et Tchad. Pour plus de renseignements sur cette organisation et son réseau de parlementaires, consulter son site à l'adresse www.ceeac-eccas.org.

[26] Au sujet de la Communauté d'Afrique de l'Est et son assemblée législative, consulter le site de la CAE à l'adresse www.eala.org/component/content/article/26-overview/ 13-welcome-to-the-east-african-legislative-assembly.html.

Parlement communautaire[27]. Quant à l'Union économique et monétaire ouest-africaine (UEOMA), elle compte aujourd'hui parmi ses organes un Comité parlementaire qui devrait également se transformer en un Parlement de l'UEMOA dont les 40 membres sont aujourd'hui désignés par les parlements nationaux de huit États membres[28].

Dans les Amériques, deux instances parlementaires liées à des organisations internationales existent et une autre est en devenir. Composée de la Bolivie, du Chili, de Colombie, de l'Équateur et du Pérou, la Communauté andine se caractérise par l'existence d'un organe parlementaire créé en 1979 par le *Traité instituant le Parlement andin*[29]. Les articles 12 à 15 de ce traité énumèrent les pouvoirs du Parlement et révèlent que celui-ci ne peut adopter que des recommandations. Ses 25 membres, comme ceux du Parlement européen, sont pourtant élus au suffrage universel direct dans leurs États respectifs[30]. Après avoir fonctionné avec une Commission parlementaire conjointe, le Marché commun du Sud, mieux connu comme le MERCOSUR, dispose aujourd'hui d'un véritable Parlement. Institué en 2005 par le *Protocole constitutif du Parlement du MERCOSUR,* l'organe parlementaire est composé de 90 membres, dont 18 par État membre (Argentine, Brésil, Paraguay, Uruguay et Vénuézela). Leur désignation a été effectuée pour la première législature de 2005 à 2010, par les parlements nationaux. Depuis lors, les députés du Parlement du MERCOSUR sont élus au suffrage universel et la première élection simultanée de l'ensemble des membres de ce parlement auront lieu en 2015[31]. Créé en 2008 et regroupant 12 États, l'Union des nations sud-américaines (UNASUR) compte parmi ses organes un Parlement sud-américain dont le nombre de membres a été fixé par son acte constitutif à 99. Cet organe parlementaire n'a toutefois pas encore été institué.

[27] Au sujet du Parlement communautaire de la CEMAC, voir www.cemac.int/ service /le-parlement-communautaire.

[28] Voir à ce sujet le *Traité portant création du Parlement de l'Union économique et monétaire ouest-africaine* adopté le 29 janvier 2003 et accessible à l'adresse www.uemoa.int/Documents/Actes/TraitParlement.pdf.

[29] Le texte du traité, dans sa version originale espagnole, est accessible à l'adresse www.wipo.int/wipolex/fr/other_treaties/text.jsp?file_id=224508.

[30] Pour plus d'informations sur le Parlement andin, vous pouvez consulter son site à l'adresse www.parlamentoandino.org.

[31] Sur le Parlement du MERCOSUR, lire C. DRI, *La construction du Parlement du Mercosur- Le poids des institutions, des intérêts et des idées*, Études internationales, vol. 44, n° 4, juin 2013, p. 177, en ligne www.cms.fss.ulaval.ca/recherche/upload/hei/fichiers /clarissa_dri__la_construction_du_mercosur,_vol_44,_no_3,_juin_2013.pdf. Voir aussi le site du Parlement à l'adresse www.parlamentodelmercosur.org.

Sur la péninsule arabe, deux organisations internationales ont également choisi de donner une voix aux parlementaires dans le cadre de leurs travaux. Il s'agit d'abord de l'Union du Maghreb arabe (UMA) qui compte parmi ses organes un Conseil consultatif dont la création a été prévue à l'article 12 du *Traité instituant l'Union du Maghreb arabe*. Ce conseil formule des avis sur tout projet de décision que lui soumet le Conseil de la Présidence et peut soumettre au Conseil des recommandations de nature à renforcer l'action de l'Union et réaliser ses objectifs. Le Conseil est composé de 30 représentants par pays, choisis par les institutions législatives des 10 États membres choisissent, conformément aux règles internes de chaque État[32]. La Ligue des États arabes a quant à elle institué en 2001 un Parlement arabe dont la première session s'est tenue au Caire en 2005. Il s'agit d'une assemblée consultative et provisoire qui compte quatre députés par pays pour un total de 88 membres. Ce parlement est l'embryon d'un « Parlement permanent qui, pour assurer son ancrage populaire, serait élu selon le modèle du Parlement européen »[33].

En Asie, l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE) est la seule organisation internationale qui s'est dotée d'une assemblée interparlementaire. Succédant à une organisation interparlementaire instituée en 1977, la nouvelle assemblée interparlementaire compte en son sein 150 membres, à raison de 15 par pays, désignés par les parlements des dix États membres de l'ANASE. Cette assemblée ne détient aucun pouvoir législatif, mais peut proposer des initiatives législatives sur des questions d'intérêt commun et formuler des recommandations aux gouvernements des États membres de l'ANASE[34].

* * *

Comme cela aura pu être constaté, l'on a assisté à un phénomène de prolifération d'organes parlementaires dans les institutions internationales régionales, tant européennes qu'africaines, américaines, arabes et asiatiques. À ces divers parlements régionaux, on pourrait également ajouter les instances parlementaires de deux grandes institutions internationales de nature géo-linguistique que sont le Commonwealth et la

[32] Au sujet de ce Conseil consultatif, consulter le site de l'Union du Maghreb arabe à l'adresse www.maghrebarabe.org.

[33] Voir à ce sujet *Première réunion du Parlement arabe*, in *Le Nouvel Observateur*, 27 décembre 2005, en ligne tempsreel.nouvelobs.com/monde/20051227.OBS0227/premiere-reunion-du-parlement-arabe.html. Voir également le site de la Ligue arabe à l'adresse www.lasportal.org.

[34] Voir *Statuts de l'Association interparlementaire de l'ANASE*, art. 3 § 1. Ces statuts sont accessibles à l'adresse www.aipasecretariat.org/about/statutes.

Francophonie, le premier ayant parmi ses instances le Commonwealth Parliamentary Association[35] et la deuxième l'Assemblée parlementaire de la Francophonie[36]. Il y a également lieu de souligner l'existence de l'Assemblée parlementaire de l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord (OTAN)[37].

Les organisations internationales à vocation universelle n'ont toutefois pas pris quant à elles un virage parlementaire. Si l'UNESCO a organisé en 2009 une Conférence des parlementaires pour l'UNESCO, une telle conférence n'agissait pas en tant qu'organe de l'institution spécialisée des Nations Unies en matière d'éducation, de science et de culture, mais regroupait des représentants d'organisations parlementaires partenaires comme l'Union interparlementaire, le Parlamento Latinoamericano, l'Assemblée parlementaire de la Francophonie, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le Parlement Européen, le Parlement Panafricain, l'Union interparlementaire arabe, la Commonwealth Parliamentary Association et l'Assemblée parlementaire de l'OSCE[38].

Des propositions émergent toutefois, comme en fait foi la Campagne pour la création d'une Assemblée parlementaire des Nations Unies (APNU). Lancée en 2007 et ayant organisé depuis lors quatre événements internationaux à Genève, Strasbourg, New York et Buenos Aires, la campagne est animée par un réseau mondial de parlementaires et d'organisations non gouvernementales dont l'objectif est assurer une représentation citoyenne aux Nations Unies. Dans un « Appel à un contrôle mondial démocratique des institutions financières et économiques », la Campagne affirme que pour assurer la reconnaissance et la légitimité de l'Organisation des Nations Unies et de la coopération internationale, et dans le but de renforcer leur capacité d'action, les populations doivent être plus étroitement et plus directement associées à l'action de l'ONU et de ses organisations. Elle recommande la mise en œuvre graduelle de la participation et de la représentation démocratique au niveau

[35] Au sujet du Commonwealth Parliamentary Association, voir www.cpahq.org.

[36] Des informations sur l'Assemblée parlementaire de la Francophonie sont accessibles à l'adresse http://apf.francophonie.org.

[37] L'Assemblée parlementaire de l'OTAN est, sur le plan institutionnel, distincte de l'OTAN et n'est donc pas à proprement parler son organe parlementaire. Elle vise à assurer une plus grande transparence des politiques de l'OTAN et permet aux législateurs et citoyens de l'Alliance de mieux comprendre les objectifs et missions de celle-ci. Pour en savoir plus long sur cette assemblée et ses relations avec l'OTAN, consulter le site de l'OTAN à l'adresse www.nato-pa.int.

[38] Pour un compte-rendu de cette conférence, voir UNESCO, *Conférence des parlementaires*, 3 et 4 octobre 2009, en ligne http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=46468&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

mondial dont la première étape décisive la création d'une Assemblée parlementaire consultative auprès des Nations Unies. L'appel précise que cette Assemblée pourrait être composée de parlementaires nationaux et que, par la suite, l'assemblée pourrait être élue directement. Elle devrait aussi, selon les auteurs de l'appel, être dotée de pouvoirs réels en matière d'information, de participation et de contrôle de l'ONU et des organisations du système des Nations Unies[39].

Si l'on se projette dans l'avenir, sans doute la démocratisation des institutions internationales serait-elle mieux servie par une représentation parlementaire. Une telle représentation est susceptible de contribuer à l'émergence d'une véritable démocratie internationale et d'engendrer une réelle imputabilité des États auprès de la population des États membres à travers leurs représentants élus. Elle aurait sans doute aussi pour effet d'atténuer l'interétatisme et l'intergouvernementalisme dont le professeur Alain Pellet s'est inquiété du retour au sein d'une communauté internationale dont les institutions internationales sont devenues aujourd'hui l'un de piliers fondamentaux[40].

[39] Pour le texte intégral de cet appel et d'autres informations sur cette campagne, voir le sur son site à l'adresse http://fr.unpacampaign.org/about/index.php.

[40] Voir A. PELLET, *supra*, dans ce volume.

ANNEXE

TABLEAU SUR LA REPRÉSENTATION PARLEMENTAIRE AU SEIN DES INSTITUTIONS INTERNATIONALES

	Institution internationale	**Année de création**	**Nombre d'États membres**	**Organe parlementaire**	**Année de création**	**Nombre de parlementaires**	**Désignation/ Élection**
1	Association des Nations de l'Asie du Sud-Est (ANASE)	1967	10	Assemblée interparlementaire de l'ANASE	1977 2007	150	Désignation
2	Association européenne de libre-échange (AELE)	1960	4	Comité des membres du Parlement des pays de l'AELE	1977	20	Désignation
3	Commonwealth	1911	53	Commonwealth Parliamentary Association	1911 1948	185 «branches»	Désignation
4	Communauté andine	1969/ 1996	5	Parlement andin (Parlamento Andino)	1979	25	Élection au suffrage universel
5	Communauté d'Afrique de l'Est (CAE)	1967	5	Assemblée législative de la CAE	1999	45	Désignation
6	Communauté des États indépendants (CÉI)	1991	10	Assemblée interparlementaire des États membres du CÉI	1992		Désignation
7	Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CÉDÉAO)	1975	15	Parlement de la CÉDÉAO	2000	115	Désignation
8	Communauté économique des États de l'Afrique centrale (CEEAAC)	1980	10	Réseau des parlementaires d'Afrique centrale (REPAC)	2008	50	Désignation
9	Communauté économique et monétaire d'Afrique Centrale (CÉMAC)	1994	6	Parlement Communautaire de la CÉMAC	2010	30	Désignation (Élection directe prévue en 2015)
10	Conseil de l'Europe	1946	47	Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe	1946	636	Désignation

11	Conseil nordique	1952	5 + 3	Conseil nordique	1952	87	Désignation
12	Espace économique européen (EÉE)	1994	31	Comité parlementaire mixte	1994	66	Désignation
13	Ligue arabe	1945	22	Parlement arabe	2005	88	Désignation (Élection au suffrage universel à venir)
14	Marché commun du Sud (MERCOSUR)	1991	10	Parlement du Mercosur (PARLASUR)	2005	81	Désignation (Élection au suffrage universel en 2015)
15	Organisation de la sécurité et la coopération en Europe (OSCE)	1975	56	Assemblée parlementaire de l'OSCE	1991	323	Désignation
16	Organisation du traité de l'Atlantique Nord (OTAN)	1948	28	Assemblée parlementaire de l'OTAN	1955	257	Désignation
17	Organisation internationale de la Francophonie	1971	57	Assemblée parlementaire de la Francophonie (APF)	1967 1993	Sections membres 49 Sections associées 16	Désignation
18	Organisation pour la démocratie et le développement économique (Géorgie, Ukraine, Azerbaïdjan, Moldova) (GUAM)	1997	4	Géorgie, Ukraine, Azerbaïdjan, Moldova Assemblée parlementaire (GUAMPA)	2004	24	Désignation
19	Union africaine (UA)	1963/ 2002	54	Parlement panafricain	2004	265	Désignation
20	Union Bénélux	2008/ 1955	3	Conseil interparlementaire consultatif de Benelux (Parlement Benelux)	2008 1955	49	Désignation

21	Union des nations sud-américaines (UNASUR)	2008	12	Parlement sud-américain	Non encore institué	99	Désignation
22	Union du Maghreb arabe (UMA)	1989	5	Conseil Consultatif de l'UMA	1989	301	Désignation
23	Union économique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA)	1994	8	Comité interparlementaire Parlement UEMOA créé par le traité de 2003 (non encore en vigueur)	1998	40 à déterminer	Désignation (Élection du futur parlement)
24	Union européenne (UE)	1993/ 1967/ 1957	28	Parlement européen	1952 1957 1962	751	Élection au suffrage universel

L'IBRIDAZIONE PUBBLICO-PRIVATA DI ALCUNE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI

Antonello TANCREDI*

SOMMARIO: 1. Tema dell'indagine. – 2. Delimitazione dell'oggetto dell'indagine. – 3. Un breve *excursus* storico. – 4. La prassi dell'ibridazione di funzioni. L'accreditamento. – 5. *Segue*: la partecipazione all'attività di *standard-setting*. – 6. *Segue*: la partecipazione all'attività di accertamento. – 7. *Segue*: la partecipazione all'attività di esecuzione. – 8. Sull'idoneità della società civile organizzata a fornire legittimazione democratica. – 9. Principi democratici ed altri modelli di legittimazione: conclusioni.

1. *Tema dell'indagine*

La collocazione di questa relazione all'interno di una sessione dedicata alla rappresentanza democratica nelle organizzazioni internazionali in tutta evidenza suggerisce una pista di ricerca, se non una tesi. Negli ultimi decenni, con sempre maggiore insistenza, si è infatti discusso di *deficit* di democrazia delle organizzazioni internazionali (definite come «islands of non-democracy»)[1], e lo si è fatto in termini nuovi rispetto al passato, quando ci si interrogava sulla democraticità *interna* delle strutture di organizzazioni internazionali (da ora in poi "OI"). Adesso interessa invece il *deficit* di collegamento *esterno*, col pubblico dei destinatari e degli interessati agli effetti delle decisioni. All'origine di questo dibattito vi è la circostanza che il processo storico-economico di globalizzazione ha prodotto riflessi anche sul piano giuridico, creando sfide regolative che chiaramente oltrepassano i confini nazionali (terrorismo, difesa dell'ambiente, salute, finanza, rifiuti, criminalità, energia, nucleare

* Ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Palermo.

[1] S. CHARNOVITZ, *WTO Cosmopolitics*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2002, p. 299 ss., p. 310. Il *deficit* democratico che affligge il diritto internazionale e la *global governance* è stato altresì definito «one of the central questions – perhaps the central question – in contemporary world politics», v. A. MORAVCSIK, *Is There a 'Democratic Deficit' in World Politics? A Framework for Analysis*, in *Government and Opposition*, 2004, p. 336 ss. Sul tema, v. anche E. STEIN, *International Integration and Democracy: No Love at First Sight*, in *American Journal of International Law*, 2001, p. 489 ss., e J. ALVAREZ, *International Organizations: Then and Now*, *ibidem*, 2006, p. 324 ss., p. 341.

ecc.). In risposta a tali sfide si è registrato un crescente fenomeno di trasferimento di autorità pubblica dal livello nazionale a quello internazionale e – come sovente si osserva oggi – anche oltre, a livello globale. A questo trasferimento di funzioni si unisce la circostanza che le decisioni regolative assunte in misura sempre crescente da *élites* tecnico-burocratiche all'interno di OI toccano oramai direttamente la sfera giuridica dei privati e spesso oltrepassano le competenze statutarie assegnate dagli Stati membri alle organizzazioni stesse. Di conseguenza, il vecchio punto di equilibrio in base al quale – si sosteneva –[2] le OI in fondo potevano contare su di una legittimazione democratica indiretta, mediata e canalizzata dal consenso dei governi degli Stati membri, ha iniziato a mostrare tutta la sua precarietà.

Se, tuttavia – per l'insieme delle ragioni dette – la legittimazione democratica non è più attingibile in misura sufficiente dal livello nazionale – che è in fondo la sua sede naturale perché è lì che è presente il *demos* – attraverso l'arteria costituita dal consenso dei governi, sorge allora il problema di verificare se esistano possibili *by-pass*, ovvero altre vie attraverso le quali le OI possano legittimarsi democraticamente. Secondo una delle tesi che si è ampiamente diffusa nel dibattito politico e scientifico[3], la partecipazione dei privati alla vita delle OI, come intermediari ed anche rappresentanti organizzati della società civile mondiale (e quindi in ultima analisi dei popoli) costituirebbe una di queste risposte. Essa consentirebbe appunto di portare nuova linfa democratica in modo da rafforzare la legittimazione delle istituzioni internazionali.

La tesi ha trovato ampia eco nel dibattito politico svoltosi in seno a importanti OI (tra cui le Nazioni Unite) a partire dai primi anni di questo secolo. Peraltro, già alla fine del secolo scorso il Segretario Generale dell'ONU Boutros-Ghali aveva definito le organizzazioni non governative (da ora in poi "ONG") come «mechanisms of democracy» e «basic form of popular representation»[4], idea ribadita dal suo successore Kofi Annan, secondo il quale la partecipazione delle ONG riempirebbe di significato l'espressione «We the Peoples» con la quale si apre il preambolo della Carta dell'ONU[5]. La stessa tesi è stata poi ribadita nel Rappor-

[2] Sulla "catena della legittimità", v. R. WOLFRUM, *Legitimacy in International Law from a Legal Perspective: Some Introductory Considerations*, in R. WOLFRUM, V. RÖBEN (a cura di), *Legitimacy in International Law*, Berlin ecc., 2008, p. 1 ss., p. 7.

[3] V., ad esempio, S. CHARNOVITZ, *The Emergence of Democratic Participation in Global Governance*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 2003, p. 45 ss.

[4] B. BOUTROS-GHALI, *Democracy: A Newly Recognized Imperative*, in *Global Governance*, 1995, p. 1 ss., p. 10.

[5] K. ANNAN, *We the Peoples: The Role of the United Nations in the 21th Century*, 2000, p. 53 (http://www.un.org/en/events/pastevents/pdfs/We_The_Peoples.pdf).

to Cardoso licenziato nel 2004[6] dal *panel* di persone eminenti sulle relazioni tra Nazioni Unite e società civile (*panel* nominato nel 2003, dal Segretario generale dell'ONU), e, per fare solo un altro esempio, nella ris. n. (2003)8 sul *Participatory Status for International Non-Governmental Organisations with the Council of Europe*, adottata dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa il 19 novembre 2003[7].

Diciamo subito che la tesi che questa relazione intende offrire alla comune riflessione va in una direzione, almeno in parte, diversa. Ci pare, cioè, che unitamente, e talvolta con carattere prevalente rispetto all'ottenimento di una maggiore legittimazione democratica, la *ratio* del coinvolgimento di privati nella vita delle OI persegua (anche) due altri modelli di legittimazione (le cui tracce pure sono ampiamente presenti nei documenti ed atti da ultimo richiamati), diversi e talvolta sostitutivi del modello democratico.

In prima battuta, l'ibridazione (termine che ci apprestiamo a precisare) assume una finalità "funzionale", di matrice weberiana, tesa a lucrare una legittimazione *output* legata alla qualità dei risultati prodotti. L'ibridazione, infatti, "a monte" di una decisione che solitamente resta affidata in via esclusiva agli Stati, consente alle organizzazioni di ottenere *gratis* l'expertise, le informazioni, i risultati della ricerca svolta da privati, promuovendo quindi l'*efficienza* (misurata in termini di rapporto costi/benefici dei processi decisionali) e l'*efficacia* tecnica della decisione. "A valle", invece, il coinvolgimento dei privati, in particolare delle ONG, nell'attuazione interna delle decisioni (sia come mezzo di pressione sulla scelta degli organi interni di ratificare e/o eseguire i rilevanti trattati, sia come strumento di controllo circa l'effettivo grado di rispetto delle norme internazionali) potenzia notevolmente l'*effettività* degli *standards* decisi a livello internazionale. Effettività altresì potenziata, sotto il profilo della *compliance*, da *standards* che divengono socialmente più accettabili nella misura in cui i destinatari ultimi hanno la sensazione che la loro voce è stata ascoltata nel processo decisionale svoltosi a livello internazionale.

D'altro canto, la partecipazione di privati ai processi decisionali ed operativi fa oramai parte (insieme con la trasparenza e l'*accountability*) della trilogia dei principi della *good governance*, la "nuova ortodossia" al cui rispetto gli autori del progetto riguardante il *Global Administrative*

[6] *We the Peoples: Civil Society, the United Nations and Global Governance – Report of the Panel of Eminent Persons on United Nations-Civil Society Relations*, UN Doc. A/58/817 dell'11 giugno 2004, v. ad esempio i paragrafi 10, 20 e 37.

[7] V. *Participatory Status for International Non-Governmental Organisations with the Council of Europe*, ris. n. (2003)8 del 19 novembre 2003.

Law[8] oramai affidano (muovendosi tra piano descrittivo e normativo) la funzione di legittimazione dell'azione regolativa ad ogni livello ordinamentale[9], e quindi anche a quello internazionale[10]. Dal che discende l'interessante tema – il cui approfondimento, peraltro, non può che essere rimandato ad altra sede – concernente la (proposta di) generalizzazione di *standards* regolativi di impronta essenzialmente procedurale, spesso espressione dell'esperienza amministrativa di Paesi per lo più occidentali (anglo-sassoni ed europei), attraverso il veicolo dei principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili, operanti come tali e/o "mutati" in principi di un diritto pubblico globale[11].

Entrambi i modelli di legittimazione evocati – quello funzionale e quello legato alla *good governance*, che peraltro è anch'essa il riflesso di un modello efficientista orientato al risultato – si sono storicamente affermati in supplenza di una legittimazione democratica ritenuta insufficiente (quella di tipo rappresentativo), utopica (di tipo rappresentativo nella versione cosmopolitica)[12], o comunque difficile da raggiungere (quella di tipo deliberativo, in particolare in un ordinamento, quello internazionale, al cui interno i processi decisionali sono tradizionalmente ancorati al negoziato tra interessi, e non all'argomentazione con capacità di auto-correzione). Essi, inoltre, si sono tradotti nella prassi in una par-

[8] Per alcune letture introduttive, v. B. KINGSBURY, N. KRISCH, R.B. STEWART, *The Emergence of Global Administrative Law*, in *Law and Contemporary Problems,* 2005, p. 15 ss.; S. CASSESE, *Administrative Law Without the State? The Challenge of Global Regulation*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2005, p. 663 ss.; ID., *Il diritto amministrativo globale: una introduzione*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2005, p. 331 ss.; R.B. STEWART, *Il diritto amministrativo globale*, *ibidem*, p. 633 ss.; L. CASINI, *Diritto amministrativo globale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, vol. III, Milano, 2006, p. 1944 ss.

[9] Cfr. S. CASSESE, *La partecipazione dei privati alle decisioni pubbliche. Saggio di diritto comparato*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, p. 13 ss.

[10] Sullo svilupparsi di principi di diritto amministrativo internazionale ("tracimante" nel globale) ispirati alla trilogia trasparenza-partecipazione-*accountability*, considerati come rimedio al moltiplicarsi dei casi nei quali i privati subiscono più direttamente gli effetti delle decisioni di poteri pubblici internazionali, v. S. BATTINI, *Organizzazioni internazionali e soggetti privati: verso un diritto amministrativo globale?*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2005, p. 359 ss., p. 378 ss.

[11] V. G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009, p. 138 ss.

[12] V. R. FALK, *The United Nations and Cosmopolitan Democracy: Bad Dream, Utopian Fantasy, Political Project*, in D. ARCHIBUGI, D. HELD, M. KÖHLER (a cura di), *Re-Imagining Political Community: Studies in Cosmopolitan Democracy*, Cambridge, 1998, p. 309 ss. (secondo il quale, tuttavia, la democrazia cosmopolitica non rappresenterebbe un progetto utopistico, essendo «rooted in the evolving norms and patterns of practice in the life-world of political behaviour», ivi, p. 316).

tecipazione funzionale, di stampo neo-corporativo, che è difficilmente in grado di soddisfare anche l'ideale della democrazia partecipativa.

Entrambi i modelli di legittimazione individuati, inoltre, costituiscono l'applicazione a livello internazionale di schemi di disciplina dell'azione amministrativa sorti ed affermatisi a livello nazionale, soprattutto nei Paesi anglo-sassoni: rispettivamente, l'*US Administrative Procedure Act* del 1946[13], ed il *New Public Management* degli anni '80-'90, che mirò a trasporre nella pubblica amministrazione le tecniche di gestione provenienti dal settore privato, con un forte orientamento all'economicità, all'efficienza ed all'effettività dei risultati[14]. Questi modelli, il secondo in particolare, si sono poi trasferiti a livello internazionale attraverso l'attività di aiuto allo sviluppo e lotta alla povertà portata avanti – sulle ceneri dei risultati prodotti dai precedenti programmi di aggiustamento strutturale – a partire dagli anni '90 dalla Banca mondiale e dal Fondo monetario internazionale[15], per poi essere infine recepiti dalla Commissione europea nel *Libro Bianco sulla governance europea* del 2001[16].

2. *Delimitazione dell'oggetto dell'indagine*

Una volta esposta la tesi, vale la pena iniziare l'analisi delimitando subito l'oggetto di questa indagine.

Le organizzazioni ibride pubblico-private, "ibride" cioè sotto il profilo della *membership*, rientrano nella definizione di organizzazione internazionale da ultimo accolta dalla Commissione di diritto internaziona-

[13] Sull'evoluzione della partecipazione in quel contesto, v. R.B. STEWART, *The Reformation of American Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, 1975, p. 1699 ss. Cfr. anche S.G. BREYER, R.B. STEWART, C.R. SUNSTEIN, A. VERMEULE, *Administrative Law and Regulatory Policy. Problems, Text, and Cases*, New York, VI ed., 2006, p. 518 ss.

[14] Per una descrizione dei caratteri salienti del modello, v. C. HOOD, *A Public Management for All Seasons?*, in *Public Administration*, 1991, p. 3 ss. Per la sua trasposizione a livello globale, v. C. HARLOW, *Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values*, in *European Journal of International Law*, 2006, p. 187 ss., p. 200.

[15] Sulla diffusione del modello (nella cui iniziale applicazione furono *leaders* Paesi OECD come Regno Unito, Australia, Canada e Nuova Zelanda) in Paesi in via di sviluppo coinvolti in programmi di aggiustamento strutturale, e sui risultati prodotti, v. G.A. LARBI, *The New Public Management Approach and Crisis States*, United Nations Research Institute for Social Development, UNRISD Discussion Paper No. 112, September 1999(http://www.unrisd.org/unrisd/website/document.nsf/(httpPublications)/5F280B19C6125F4380256B6600448FDB?OpenDocument).

[16] *European Governance – A White Paper*, COM(2001) 428 del 5 agosto 2001.

le nell'art. 2 del Progetto di articoli sulla responsabilità delle OI licenziato in via definitiva nel 2011. Tale definizione si caratterizza per aspetti di novità rispetto alla scarna definizione di OI tradizionalmente contenuta nelle Convenzioni di Vienna sul diritto dei trattati, della successione tra Stati, e delle relazioni tra Stati e organizzazioni internazionali, definizione in base alla quale per OI deve intendersi semplicemente un'organizzazione intergovernativa[17]. Con l'obiettivo di registrare tendenze significative presenti nella prassi, invece, il progetto del 2011 ammette che «international organizations may include as members, in addition to States, other entities», e tra queste altre entità, appunto, i soggetti privati.

D'altro canto – come risulta chiaramente dai lavori preparatori del Progetto[18], inclusi i rilevanti interventi svolti dagli Stati in seno alla Sesta Commissione dell'Assemblea generale dell'ONU[19] – la definizione in questione invece esclude le ONG e le *partnerships* pubblico-private create da atti di diritto interno. Tuttavia, l'unico esempio di organizzazione a *membership* ibrida pubblico-privata offerto dal commento all'art. 2 del Progetto è rappresentato dall'Organizzazione mondiale del turismo[20], che ammette i privati (*profit*, come il *Club Méditerranée*, ovvero associazioni di settore) all'interno della peculiare categoria dei "membri affiliati". Peculiare, perché si tratta di una categoria di confine, composta da membri che non hanno diritto di voto e che in sostanza godono di prerogative simili a quelle dei non-membri con *status* di osservatore[21].

[17] Sull'evoluzione della nozione, v. M. MENDELSON, *The Definition of 'International Organization' in the International Law Commission's Current Project on the Responsibility of International Organizations*, in M. RAGAZZI (a cura di), *International Responsibility Today. Essays in Memory of Oscar Schachter*, Leiden, Boston, 2005, p. 371 ss.; S. BOUWHUIS, *The International Law Commission's Definition of International Organizations*, in *International Organizations Law Review*, 2012, p. 451 ss.

[18] V. Working Group on Responsibility of International Organizations, Report, *The Responsibility of International Organizations: Scope and Orientation of the Study*, UN Doc. A/CN.4/L.622 del 6 giugno 2002, par. 11. V. anche *First Report on Responsibility of International Organizations by Mr. Giorgio Gaja, Special Rapporteur*, UN Doc. A/CN.4/532 del 26 marzo 2003, p. 12.

[19] V., per esempio, l'intervento della Romania, in UN Doc. A/C.6/58/SR.19 dell'11 novembre 2003, p. 10; dell'India, in UN Doc. A/C.6/58/SR.16 del 26 dicembre 2003, p. 12.

[20] V. il commento all'art. 2 dei *Draft Articles on the Responsibility of International Organizations*, in *Yearbook of the International Law Commission*, 2011, vol. II, Part Two, par. 14, nota 65.

[21] V. P. VRANCKEN, *World Tourism Organization (UNWTO)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (edizione on-line), paragrafi 5-6. Più in generale, v. H.G. SCHERMERS, N.M. BLOKKER, *International Institutional Law*, 4th ed., Boston, Leiden, 2003, p. 147, par. 198 («The position of affiliate Members comes close to that of observers»), e P. PUSTORINO, *Lo* status *di membro delle organizzazioni internazionali*, in

Non è dato rintracciare molti altri esempi di ibridazione nella *membership* che possano aggiungersi a quello offerto dalla Commissione di diritto internazionale. A parte, infatti, l'*unicum* storico dell'Organizzazione internazionale del lavoro (da ora in poi "OIL"), che integra i rappresentanti di datori e prestatori di lavoro, con autonomo diritto di voto, nelle delegazioni governative dando così vita alla sua specialissima struttura "tripartita", ed al caso dell'Unione internazionale delle telecomunicazioni, che dà ai privati una *membership* (definita in dottrina "con la m minuscola")[22] in alcuni organi ed in alcune attività ma non il voto, l'unica altra OI che – pur col dovuto beneficio d'inventario – risulta accogliere i privati come "membri affiliati" sembrerebbe essere l'Organizzazione internazionale per la difesa civile. Non a caso, le due OI che accolgono i privati come affiliati nella *membership* erano in origine organizzazioni di natura privata e di diritto interno, in seguito divenute intergovernative. Per il resto, la partecipazione dei privati alla vita delle OI è formalmente e giuridicamente canalizzata attraverso lo *status* di osservatori con ruolo consultivo o, tutt'al più ed in pochi casi (il Consiglio d'Europa, ad esempio) partecipativo. Si tratta di uno *status* che esclude sempre il diritto di voto mentre, pur con un certo grado di variazioni da organizzazione a organizzazione, consente la partecipazione alle riunioni di organi internazionali, la presentazione di documenti scritti, ed in alcuni casi il diritto a svolgere brevi presentazioni orali o a proporre l'iscrizione di questioni nell'agenda dell'organo interessato.

Orbene, se il presente lavoro si dovesse limitare ad esaminare l'ibridazione nella *membership*, ci pare che non se potrebbe ricavare molto ai fini del tema di indagine che abbiamo individuato in sede di introduzione. Per tale ragione, non intenderemo l'ibridazione come un fenomeno limitato alla *membership*, ma come un fenomeno che riguarda anche e soprattutto le *funzioni* svolte dalle OI. Va altresì precisato che, in linea di principio, analizzeremo le funzioni svolte da organi di OI in base al trattato istitutivo o ad atti prodotti da fonti di terzo grado, e non quelle svolte da organi creati da trattati diversi dall'accordo istitutivo (c.d. "treaty-based"), anche se operanti nel quadro amministrativo di OI. Neppure ci occuperemo di organizzazioni sovranazionali (come l'Unione europea), che hanno dato vita a strutture di integrazione che presentano caratteri e problemi peculiari rispetto a quelli inerenti le organizzazioni di tradizionale stampo intergovernativo e che saranno oggetto di un'altra sessione.

A. DEL VECCHIO (a cura di), *Diritto delle organizzazioni internazionali*, Napoli, 2012, p. 141 ss., p. 173.

[22] V. D. WESTPHAL, *International Telecommunication Union (ITU)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (edizione on-line), paragrafi 5-7.

Tuttavia, di tanto in tanto, uno sguardo oltre la siepe così tracciata potrà risultare utile a trovare o meno conferma di linee di tendenza riguardanti l'attività delle OI così come l'abbiamo intesa.

Un'ultima precisazione attiene al distinguo pubblico-privato. È opinione abbastanza diffusa che tale distinguo sarebbe sostanzialmente venuto meno nel contesto dei processi di globalizzazione in corso, dal momento che sempre più spesso privati per costituzione svolgono funzioni tipiche dell'autorità pubblica o vengono coinvolti a vario titolo o in vario modo in processi decisionali "pubblici"[23]. Se questo è vero, è però altresì vero che abbandonando la distinzione in oggetto ci si priverebbe di un importante strumento analitico, poiché la prassi (oltre ai modelli di amministrazione interna già evocati) dimostra che l'ibridazione è sovente motivata proprio dai vantaggi pratici – in termini di modelli gestionali, risorse, obiettivi – che la partecipazione privata porta con sé, a sostegno ed in supplenza di enti pubblici dotati di mezzi sempre più limitati. Per questa ragione faremo nostra la proposta avanzata in dottrina di fondare la distinzione tra ciò che è pubblico-internazionale e ciò che non lo è su un parametro formale, quello costituito dalla natura giuridica dell'atto attributivo di competenze[24]. La distinzione pubblico-privato, anche se questa volta riguardante i fini, aiuta anche a distinguere, all'interno del panorama della c.d. società civile organizzata, tra enti con finalità pubblico-altruistiche (le ONG) ed associazioni di categoria che rappresentano invece interessi professionali specifici (sindacati ecc.)[25], distinzione che si aggiunge a quella tra enti privati *non-profit* (ancora le ONG) ed enti privati *profit* (multinazionali, società commerciali, mondo del business e della finanza)[26].

[23] V., ad esempio, G. TEUBNER, *After Privatization? The Many Autonomies of Private Law*, in *Current Legal Problems*, 1998, p. 393 ss., pp. 394-402; M.R. FERRARESE, *Globalizzazione giuridica*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IV, Milano, 2011, p. 547 ss., p. 549 ss. e pp. 560-561; ID., *Prima lezione di diritto globale*, Bari, 2012, p. 8, p. 124 ss. Sul tema, v. L. CASINI, *'Down the Rabbit Hole': The Projection of the Public/Private Distinction Beyond the State*, *Jean Monnet Working Paper* n. 08/13 (http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/13/1308.html).

[24] A. VON BOGDANDY, P. DANN, M. GOLDMANN, *Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities*, in A. VON BOGDANDY, R. WOLFRUM, J. VON BERNSTORFF, P. DANN, M. GOLDMANN (a cura di), *The Exercise of Public Authority by International Institutions. Advancing International Institutional Law*, Heidelberg ecc., 2010, p. 3 ss., pp. 13-14.

[25] Sulla distinzione tra "public interest groups" e "interest groups", v. A.M. SLAUGHTER, *International Law and International Relations Theory: Millennial Lectures*, in *Recueil des Cours*, vol. 285, 2001, p. 9 ss., pp. 97-98.

[26] La rilevanza del fine non lucrativo per la delimitazione del concetto di società civile è sottolineata da M. IOVANE, *La participation de la société civile à l'élaboration et à l'application du droit international de l'environnement*, in *Revue générale de droit inter-*

3. *Un breve* excursus *storico*

La partecipazione dei privati alla cooperazione internazionale non è certo un fenomeno nuovo. Esso fu anzi all'origine e dette grande impulso ad una delle prime fasi di sviluppo del fenomeno istituzionale a livello internazionale, quello delle Unioni amministrative che presero a diffondersi nel XIX secolo in risposta alla necessità diffusamente avvertita di sviluppare forme sempre più intense di cooperazione tecnico-amministrativa per gestire risorse comuni (fiumi, pesca, merci) o attività transfrontaliere (comunicazioni, trasporti)[27]. Anche in questo caso, come nel fenomeno dell'odierna globalizzazione, l'esigenza di dar vita a forme più articolate di cooperazione internazionale, spesso tra amministrazioni più che tra esecutivi nazionali, fu il portato di una crescente interdipendenza tra gli Stati. Tale interdipendenza, a sua volta, costituì il frutto di modifiche strutturali delle relazioni economiche e sociali, quali quelle indotte dall'industrializzazione moderna e dall'avanzamento delle tecnologie, che provocarono – a catena – un forte sviluppo dei mezzi di trasporto ma anche un maggiore fabbisogno di materie prime, una maggiore diffusione di epidemie, una decisa espansione del commercio ecc.[28]. Le Unioni amministrative, com'è noto, erano ritenute prive di personalità giuridica internazionale[29]; tuttavia spesso dettero vita a strutture istituzionali che poi divennero organizzazioni intergovernative classiche (come nel caso, appunto, dell'Organizzazione mondiale del turismo)[30].

All'interno, invece, del fenomeno più classicamente intergovernativo, la partecipazione dei privati, dopo l'*unicum* rappresentato dalla struttura tripartita dell'OIL fondata nel 1919, fu canalizzata nel secondo dopoguerra – come si è detto – attraverso il riconoscimento agli stessi privati dello *status* consultivo, seguendo il modello offerto dall'art. 71 della

national public, 2008, p. 465 ss., pp. 472-474 e p. 482, secondo il quale tale caratteristica sarebbe già oggetto (insieme ad altri criteri quali, ad esempio, imparzialità, trasparenza e competenza) di una regola consuetudinaria procedurale riguardante l'ammissione di privati ai lavori di OI.

[27] Cfr. A. PETERS, S. PETER, *International Organizations: Between Technocracy and Democracy*, in B. FASSBENDER, A. PETERS (a cura di), *The Oxford Handbook of the History of International Law*, Oxford, 2012, p. 170 ss.

[28] V. R. KOLB, *International Organizations or Institutions, History of*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (edizione on-line).

[29] V. R. WOLFRUM, *International Administrative Unions*, *ibidem*, par. 2; A. DEL VECCHIO, *Analisi introduttiva ed evoluzione storica del fenomeno dell'organizzazione internazionale*, in ID. (a cura di), *Diritto delle organizzazioni internazionali*, cit., p. 19 ss., p. 23.

[30] Su questa evoluzione, v. P. BENVENUTI, *Organizzazioni internazionali: II) Organizzazioni internazionali non governative*, in *Enciclopedia giuridica*, Milano, 1990, p. 2.

Carta dell'ONU. Tale disposizione dà al Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite (da ora in poi "ECOSOC") la possibilità di concludere accordi di consultazione – diversi dalla partecipazione senza voto conferita a Stati non-membri dell'organo, e ad altri istituti specializzati dell'ONU ai sensi dei precedenti articoli 69 e 70 – con ONG «which are concerned with matters within its competence»[31].

Lo *status* consultivo, tuttavia, è divenuto col tempo non più riflessivo del reale ruolo svolto dai privati nel quadro delle attività di OI. Questo ruolo si è accresciuto in particolare a partire dalla metà degli anni'90 (l'evento spartiacque, secondo molti, fu il contributo dato dalle ONG alla elaborazione della Convenzione di Ottawa sul divieto di mine terrestri), grazie, ad esempio, allo svilupparsi di meccanismi di carattere informale (tipo gli "Arria Meetings" che si svolgono in seno al Consiglio di sicurezza dell'ONU, o il ricorso all'espediente della sospensione delle sessioni ufficiali dell'Assemblea generale dell'ONU per consentire ai rappresentanti della società civile di incontrare i rappresentanti governativi). Per altro verso, tale ruolo si è evoluto in direzione del riconoscimento di una sorta di *status* consultivo rafforzato. Tale *status* ha consentito ai privati di divenire membri, alla pari coi rappresentanti governativi, di organismi pur sempre consultivi come il Forum permanente sui popoli indigeni creato dall'ECOSOC nel 2000[32], o di UNAIDS, cioè il Programma congiunto delle Nazioni Unite sulla lotta all'AIDS/HIV, che include le ONG nel suo organo di governo come partecipanti e non osservatori, anche se privi del diritto di voto[33]. Un altro esempio è fornito dall'ECOSOCC, il Comitato economico, sociale e culturale creato nel 2004 dall'Unione africana[34].

La discordanza tra ruolo reale e *status* formale dette vita nei primi anni duemila ad un ampio dibattito politico sfociato in una serie di studi sul rapporto con la società civile condotti in sede di Nazioni Unite, Fondo monetario internazionale, Banca mondiale ed Organizzazione mon-

[31] Il Consiglio diede attuazione a tale previsione già nel giugno del 1946: v. *Arrangements for Consultation with Non-Governmental Organizations*, UN Doc. E/43/Rev.2 del 21 giugno 1946. Cfr. P. WILLETTS, *Consultative Status of NGOs at the United Nations*, in ID. (a cura di), *"The Conscience of the World": The Influence of Non-Governmental Organizations in the UN System*, Washington, 1996, p. 31 ss.

[32] V. B.K. WOODWARD, *Global Civil Society in International Lawmaking and Global Governance: Theory and Practice*, Leiden, 2010, pp. 264-265.

[33] V. E. REBASTI, *Beyond Consultative Status: Which Legal Framework for Enhanced Interaction between NGOs and Intergovernmental Organizations?*, in P.-M. DUPUY, L. VIERUCCI (a cura di), *NGOs in International Law*, Cheltenham, Northampton, 2008, p. 21 ss., pp. 34-36.

[34] V. *Decision on the Economic, Social and Cultural Council*, Assembly/AU/Dec 48 III dell'8 luglio 2004.

diale del commercio[35]. Solo in pochi casi, tuttavia, la riflessione intrapresa spinse le OI a riconoscere il passaggio formale dallo *status* consultivo a quello partecipativo. Uno di questi casi è senz'altro rappresentato dalla già citata ris. n. (2003)8, del 19 novembre 2003, con la quale il Consiglio di Europa inserì le ONG in uno schema di dialogo a quattro con il Comitato dei ministri, l'Assemblea parlamentare ed il Congresso delle autorità locali e regionali. Affianco ad una partecipazione dialogica ai processi decisionali si diffusero anche "partnerships" sul piano operativo, esempio ne sia proprio il Programma UNAIDS.

L'evoluzione finale del modello è avvenuta fuori dagli esclusivi confini dell'ordinamento internazionale ed ha fatto registrare un vero e proprio salto di qualità nel ruolo svolto dai privati. Essa è contrassegnata dal diffondersi delle c.d. "public-private partnerships", strumento tipico del *New Public Management*, di non facile categorizzazione giuridica[36]. Si tratta per lo più di enti di diritto interno caratterizzati dalla presenza di privati che siedono, su di un piano di parità con i governi, all'interno di *networks* ibridi volontariamente costituiti ed esercenti funzioni pubbliche (di regolazione, controllo o gestione) una volta svolte dagli Stati[37], in particolare in settori come la tutela della salute pubblica, l'ambiente, l'amministrazione del web, la regolazione dei mercati finanziari, l'agricoltura e l'alimentazione.

4. *La prassi dell'ibridazione di funzioni. L'accreditamento*

La dimostrazione che intendiamo svolgere poggia (inegualmente) su due gambe: l'esame della prassi dell'ibridazione di funzioni e le risultanze del dibattito sin qui svoltosi in dottrina circa la reale possibilità che i privati offrano un contributo in termini di maggiore legittimazione democratica alle OI.

Iniziamo dal primo asso del discorso.

[35] Vedi E. TRAMONTANA, *Organizzazioni non governative e ordinamento internazionale*, Padova, 2013, p. 76.

[36] V. J. KLABBERS, *Unity, Diversity, Accountability: The Ambivalent Concept of International Organisation*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2013, p. 149 ss., p. 156.

[37] V. S.H. LINDER, P. VAILLANCOURT ROSENAU, *Mapping the Terrain of the Public-Private Partnership*, in P. VAILLANCOURT ROSENAU (a cura di), *Public-Private Policy Partnerships*, Cambridge (Ma.), 2000, p. 1 ss., p. 5; M. AZIZ, *Global Public-Private Partnerships in International Law*, in *Asian Journal of international Law*, 2012, p. 1 ss., p. 8.

Come si è detto, in alcuni dei documenti che hanno segnato il dibattito politico svoltosi all'inizio degli anni duemila sul rapporto tra OI e società civile, ad esempio il Rapporto Cardoso del 2004, si è sostenuta l'idea che l'ampliamento del ruolo riconosciuto alla società civile attraverso le sue forme organizzate costituirebbe una risposta di tipo partecipativo al *deficit* democratico da cui le OI sono ritenute afflitte. Anche nel preambolo della risoluzione n. (2003)8 del Consiglio d'Europa, si afferma che «the existence of an active civil society and its non-governmental organisations… is an important and indispensabile element of democracy». Vale dunque la pena verificare se, al di là di queste affermazioni politiche di principio, la prassi concreta della partecipazione dei privati alle funzioni esercitate dalle OI confermi la tesi per cui l'ibridazione sarebbe tesa essenzialmente a far guadagnare alle OI un canale per legittimarsi democraticamente.

A tal riguardo, va in prima battuta osservato che negli stessi documenti appena menzionati, accanto alle affermazioni appena riportate, se ne trovano anche altre che, invece, puntano in diversa direzione: esse infatti indicano come il contributo che in concreto ci si attende dai privati sia di tipo funzionale. Così, nel rapporto Cardoso, si legge che: «Many in civil society, business… have first-hand information, experience, and capacity… They also have access to new resources and skills. *To tap those assets*, the United Nations needs to build strong partnerships», sicché «… civil society and other constituencies are important to the United Nations because their experience and social connections can help the United Nations do a better job»[38]. La stessa ris. n. (2003)8 del Consiglio d'Europa, dopo aver collegato nel preambolo l'attribuzione di *status* partecipativo alle ONG ad un'espressione di democrazia, nella parte operativa, all'art. 2, condiziona il riconoscimento di tale *status* ad una serie di elementi tutti essenzialmente collegati alla competenza, al contributo che le ONG possono dare al raggiungimento dei fini del Consiglio ed alla diffusione del lavoro di questa organizzazione. Di conseguenza, gli obblighi che ai sensi dell'art. 9 pendono sulle ONG che vengono a godere di *status* partecipativo consistono, ad esempio, nella fornitura di informazioni, documenti, opinioni riguardanti il loro ambito di competenza (lett. b); nella promozione del rispetto di *standards*, convenzioni ed altri strumenti giuridici elaborati dal Consiglio d'Europa e nell'assistenza all'attuazione di questi *standards* (lett. c); nel dare massima pubblicità alle iniziative ed ai risultati raggiunti dal Consiglio (lett. d), e nel diffondere informazioni circa le sue attività (lett. e). Tutti compiti funzional-

[38] *We the Peoples*, cit., paragrafi 24 e 27 (corsivo nostro).

mente legati al miglioramento dell'efficacia e dell'effettività dell'azione del Consiglio d'Europa.

D'altronde, requisito comune a tutti i meccanismi di accreditamento di privati (permanenti o *ad hoc*) operanti all'interno di OI è il grado di rilevanza del contributo che essi sono in grado di offrire alle attività dell'organizzazione interessata[39]. Nel caso del *Codex Alimentarius*, ad esempio, i principi riguardanti la partecipazione delle ONG al lavoro della Commissione affermano che «the purpose of collaboration… is to secure… for the Codex Alimentarius Commission, expert information, advice and assistance»[40]. L'art. 27 dell'*International Tropical Timber Agreement*, del 2006, prevede che il Consiglio dell'Organizzazione internazionale del legno tropicale fondata nel 1983, possa autorizzare il Direttore esecutivo a mantenere rapporti con ONG «in order to help ensure the availability of recent and reliable data and information»[41]. Lo stesso tipo di requisito, del resto, presiede alla distinzione delle tre tipologie di statuto consultivo (generale, speciale o inclusione nella lista/"roster") che, ai sensi della ris. 1996/31 adottata dall'ECOSOC il 25 luglio 1996, possono essere attribuite alle ONG nell'ambito dell'ECOSOC. A seconda, infatti, del grado di attinenza delle competenze delle ONG alle attività del Consiglio, e quindi del contributo funzionale che esse sono in grado di offrire (alla maggior parte delle attività, ad alcune attività, o solo occasionalmente), le prerogative crescono (tutte e tre le categorie possono prendere parte ad incontri pubblici come osservatori, ma solo le ONG con *status* generale o speciale possono presentare dichiarazioni scritte nel loro ambito di competenza, e solo quelle con *status* generale, che sono in grado di contribuire alla maggior parte delle attività, posso svolgere interventi orali e proporre l'iscrizione di questioni nell'agenda dell'ECOSOC). Coerentemente con i requisiti previsti all'entrata, anche l'eventuale sospensione o ritiro dello *status* consultivo può dipendere dalla circostanza che, nei tre anni precedenti, una ONG non abbia offerto alcun contributo positivo o effettivo al lavoro delle Nazioni Unite ed, in particolare, dell'ECOSOC, delle sue commissioni o di altri organi sussidiari[42]. D'altro canto, i criteri comuni per l'accreditamento di tutte le

[39] V. S. RIPINSKY, P. VAN DEN BOSSCHE, *NGO Involvement in International Organizations – A Legal Analysis*, London, 2007, p. 219.

[40] V. *Principles Concerning the Participation of International Non-Governmental Organizations in the Work of the Codex Alimentarius Commission*, par. 1, consultabili all'indirizzo http://www.codexalimentarius.org/members-observers/ngo-participation/en.

[41] V. UN Doc. TD/TIMBER.3/12 dell'1 febbraio 2006.

[42] V. ECOSOC Res. 1996/31, *Consultative Relationship between the United Nations and Non-Governmental Organizations*, UN DOC. E/1996/96 del 25 luglio 1996, par. 57.

ONG in seno all'ECOSOC prevedono, tra l'altro, che l'organizzazione sia in grado di dimostrare che il suo programma di lavoro abbia diretta rilevanza per i fini e gli obiettivi dell'ONU (par. 8), e che le ONG abbiano una posizione riconosciuta all'interno del loro ambito di competenza e carattere rappresentativo (par. 9). Non è chiaro se questo riferimento al carattere rappresentativo riguardi la struttura interna di *governance* della ONG, oppure il suo riconoscimento anche da parte della società civile diffusa[43]. Quest'ultima interpretazione introdurrebbe affianco a criteri di natura funzionale anche un criterio di accreditamento di stampo latamente democratico. Tuttavia, va ricordato che, come si è detto, la dimostrazione di un collegamento stretto tra privati e comunità sociali di appartenenza si presta anche ad una lettura funzionalistica, nel senso che tale collegamento si rende necessario per propiziare la massima attuazione a livello interno delle decisioni o degli atti assunti a livello internazionale, in modo da aumentarne l'effettività.

5. Segue: *la partecipazione all'attività di* standard-setting

Come si è detto, caratteristica dello *status* consultivo goduto dai privati in seno alla maggior parte delle OI è l'assenza di un diritto di voto nelle decisioni degli organi. Com'è stato osservato[44], si tratta di un elemento per nulla casuale, oltre che strettamente legato alla lettura funzionale da noi sostenuta. Se, infatti, si vogliono massimizzare i benefici della partecipazione dei privati ai processi decisionali in termini di efficienza, efficacia ed effettività delle decisioni, e minimizzarne i costi politici in termini di erosione delle prerogative dei soggetti internazionali classici, è necessario che i privati siano presenti nella fase preparatoria della decisione, quando vi sono problemi di natura essenzialmente tecnica da risolvere; che scompaiano nella fase decisoria, quando il negoziato "si fa caldo" e gli Stati difficilmente riescono a vincere la tentazione di "chiudere le porte" per mantenere il controllo della decisione politica finale; per poi, infine, riemergere nella fase dell'attuazione e del controllo, quando l'influenza politica di privati ben collegati con le comunità territoriali di appartenenza è di nuovo utile per appianare gli ostacoli alla ratifica ed all'attuazione, e quindi in definitiva aumentare il tasso di obbedienza e l'effettività delle decisioni prese a livello internazionale. Ciò

[43] Abbozzano questa interpretazione anche S. RIPINSKY, P. VAN DEN BOSSCHE, *NGO Involvement*, cit., p. 32.

[44] V. K. RAUSTIALA, *The "Participatory Revolution" in International Environmental Law*, in *Harvard Environmental Law Review*, 1997, p. 537 ss., pp. 570-571.

dimostra che l'aumentato ruolo dei privati nella vita delle OI non diminuisce, al contrario rafforza il ruolo giocato all'interno di quegli stessi processi dai soggetti tradizionali[45]. L'ibridazione, insomma (almeno allo stato attuale delle cose), è un processo riformista, non rivoluzionario, che non sembra avere alterato le basi strutturali del diritto e della politica internazionale.

Ciò detto, esaminiamo più da vicino alcuni esempi di partecipazione di privati alle fasi preparatorie di decisioni o di atti poi assunti da organizzazioni internazionali. Un primo caso è costituito dalla partecipazione della *International Air Transport Association* (da ora in poi "IATA"), associazione *non-profit* di diritto canadese costituita nel 1945 e che rappresenta le compagnie aeree, all'adozione da parte del Consiglio dell'*International Civil Aviaton Organization* (da ora in poi "ICAO") – istituto specializzato dell'ONU creato dalla Convenzione di Chicago del 1944 che si occupa essenzialmente di sicurezza aerea – di *standards* tecnici e prassi raccomandate (c.d. "SARPs") che regolano la navigazione ed il trasporto aereo. Gli *standards* in questione sono in principio privi di carattere vincolante, natura che possono però acquisire qualora gli Stati membri, ai sensi dell'art. 38 della Convenzione di Chicago, non notifichino entro una certa data al Segretariato ICAO differenze tra la propria prassi e i SARPs, affermando l'impossibilità di conformarsi a questi ultimi e quindi esercitando una sorta di "opt out"[46]. Ai fini del nostro discorso, è rilevante il fatto che un'organizzazione privata come la IATA partecipi di fatto all'elaborazione dei SARPs, potendo presentare nuove proposte, ovvero commenti nelle varie fasi di elaborazione del testo, avendo il diritto di accedere a tutti i documenti della procedura e di partecipare a tutti gli incontri e discussioni come osservatore[47]. La IATA è ovviamente priva del diritto di voto, ma è in grado di esercitare una notevole influenza sull'elaborazione dell'atto regolativo attraverso le attività appena menzionate. Tale "interdipendenza funzionale", da un lato, è tesa ad ottenere maggior livelli di trasparenza del processo decisionale; dall'altro, permette di aumentare il tasso di adempimento cui gli *standards* andranno incontro a livello interno, e quindi la loro effettività. Un

[45] In tal senso, v. ad esempio C. CHINKIN, *International Environmental Law in Evolution*, in T. JEWEL, J. STEELE (a cura di), *Law in Environmental Decision-Making: National, European, and International Perspectives*, Oxford, 1998, p. 229 ss., p. 265.

[46] V. P.M.J. MENDES DE LEON, *International Civil Aviation Organization (ICAO)*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (edizione on-line), par. 25.

[47] V. T. FIDALGO DE FREITAS, *From Participation towards Compliance: The Role of Private Actors in the Making of SARPs by ICAO* (http://www.iilj.org/gal/documents/defreitasICAO.pdf).

caso, insomma, in cui la partecipazione spinge ad accettare i risultati dei processi decisionali.

Un secondo esempio interessante è fornito dalla Convenzione quadro sul controllo del tabacco, che a dispetto del suo *nomen*, è un atto giuridico tipico che è stato adottato dall'Assemblea dell'Organizzazione mondiale della sanità nel maggio del 2003, ai sensi dell'art. 19 del suo statuto istitutivo. Entrata in vigore nel 2005, la Convenzione fornisce dei principi-guida sulla vendita, sponsorizzazione e consumo del tabacco, finalizzati a proteggere le generazioni presenti e future dagli effetti nocivi del fumo e dell'esposizione allo stesso. Tutto il corso dei lavori preparatori di tale Convenzione fu caratterizzato da una militante partecipazione ai lavori stessi tanto di ONG "pro-salute", quanto di associazioni rappresentanti gli interessi dell'industria del tabacco. Le ONG, riunite nella *Framework Convention Alliance* (da ora in poi "FCA"), fornirono un tale flusso di informazioni e conoscenze scientifiche sui pericoli legati al fumo del tabacco ai rappresentanti governativi[48], che i tre anni di negoziato furono definiti «a sort of global university»[49] durante la quale le ONG offrirono «pro bono legal service»[50] soprattutto alle delegazioni provenienti da Paesi in via di sviluppo che mancavano spesso della necessaria expertise. D'altro canto, i rappresentanti di alcuni Paesi (il Canada, ad esempio) ammisero di aver "tatticamente" finanziato la partecipazione di ONG essenzialmente allo scopo di far avanzare il loro obiettivo di ottenere una Convenzione "forte" contro gli interessi dei quattro Stati maggiori produttori di tabacco (Cina, Stati Uniti, Germania e Giappone), obiettivo che i governi non avrebbero potuto rappresentare apertamente dovendo dare voce anche al punto di vista dell'industria nazionale del tabacco[51]. Una volta adottata la Convenzione, la FCA si adoperò per ottenere il numero di ratifiche necessarie all'entrata in vigore e per monitorarne l'attuazione a livello interno[52]. Anche in questo caso, quindi, la partecipazione della società civile organizzata è sostanzialmente

[48] V. J. COLLIN, K. LEE, K. BISSELL, *The Framework Convention on Tobacco Control: The Politics of Global Health Governance*, in *Third World Quarterly*, 2010, p. 265 ss., p. 277.

[49] V. H.M. MAMUDU, S.A. GLANTZ, *Civil Society and the Negotiation of the Framework Convention on Tobacco Control,* in *Global Public Health,* n. 2, 2009, p. 150 ss., p. 156.

[50] G.F. JACOB, *Without Reservation*, in *Chicago Journal of International Law*, 2004, p. 287 ss., p. 296.

[51] V. R. LENCUCHA, R. LABONTÉ, M.J. ROUSE, *Beyond Idealism and Realism: Canadian NGO/Government Relations during the Negotiation of the FCTC*, in *Journal of Public Health Policy*, 2010, p. 74 ss., p. 82.

[52] V. H.M. MAMUDU, S.A. GLANTZ, *Civil Society*, cit., p. 165.

servita "a monte" ad avere un testo meglio informato scientificamente ed a rafforzarne "a valle" l'effettiva attuazione.

Indicazioni non diverse, infine, si traggono dai lavori preparatori della Dichiarazione di impegno delle Nazioni Unite sull'HIV/AIDS approvata dall'Assemblea generale dell'ONU il 27 giugno 2001[53].

Durante la sessione speciale che l'Assemblea dedicò al tema nel giugno del 2001, il Segretario generale Annan riconobbe che le ONG erano state all'avanguardia nella lotta contro l'AIDS, e che per questa ragione «all of us must learn from their experience»[54]. Durante il dibattito sorse un problema di accreditamento di alcune ONG, in particolare dell'*International Gay and Lesbian Human Rights Commission*. Il timore che l'intoppo potesse ostacolare la partecipazione della società civile organizzata all'elaborazione della dichiarazione spinse alcuni Stati a osservare come «those organizations have a world of deep expertise that this body really needs»[55], e che il loro coinvolgimento era una «absolute necessity»[56] se la lotta contro la malattia voleva avere successo[57].

6. Segue: *la partecipazione all'attività di accertamento*

Dal punto di vista del contributo funzionale offerto dai privati al raggiungimento dei fini istituzionali delle OI, assume particolare rilievo l'attività da essi erogata in favore del buon funzionamento dei meccanismi di accertamento creati da tali OI. A tal riguardo, rileva in particolare l'attività svolta non in proprio favore, ma nell'interesse dei terzi o nell'interesse oggettivo al rispetto del diritto (*actio popularis*) o al buon funzionamento della giustizia. Precisiamo che ci occupiamo solo dell'attività di organi di accertamento istituiti dai trattati istitutivi di OI o da atti prodotti da fonti di terzo grado.

Quanto al ricorso nell'interesse di terzi, esemplificativo è il caso della Convenzione americana dei diritti dell'uomo. Tale azione trova la sua base giuridica nel combinato disposto dell'art. 44 della Convenzione e dell'art. 23 del Regolamento di procedura della Commissione che, autorizzando la proposizione di ricorsi per conto di terzi, ammette la possibilità che l'identità del ricorrente non coincida con quella delle vittime.

[53] Per il cui testo, v. UN Doc. A/RES/S-26/2 del 2 agosto 2001.
[54] UN Doc. A/S-26/PV.1 del 25 giugno 2001, p. 3.
[55] Così il rappresentante della Norvegia, *ibidem*, p. 46.
[56] Così il Belgio, in UN Doc. A/S-26/PV.3 del 25 giugno 2001, p. 19.
[57] V. anche il rappresentante di Trinidad e Tobago, in UN Doc. A/S-26/PV.2 del 25 giugno 2001, p. 20; il rappresentante dell'Australia, *ibidem*, p. 12; di Tonga, *ibidem*, p. 26; della Giordania, *ibidem*, p. 31.

La legittimazione attiva non è subordinata al consenso o all'autorizzazione della vittima, sicché i ricorsi sono stati ammessi anche quando la vittima era deceduta o scomparsa e non vi erano congiunti in grado di prestare il loro consenso[58]. La *ratio* dell'istituto risiede nella volontà di consentire l'accesso alla giustizia qualora sia impossibile per le vittime ed i loro familiari agire davanti alla Commissione interamericana, e quindi impedire che povertà, scarsa alfabetizzazione, violenza e impunità generalizzata impediscano al sistema di funzionare e di produrre più elevati *standards* di protezione dei diritti garantiti[59].

Quanto invece all'*actio popularis*, il sistema africano di tutela dei diritti umani è un *unicum*. La Commissione africana dei diritti umani e dei popoli, infatti, è andata al di là del suo Regolamento di procedura (che condiziona la ricevibilità alla qualità di vittima o al fatto di agire per conto della vittima), autorizzando azioni nell'interesse oggettivo al rispetto della Carta africana[60]. Le ONG sono state tra i principali ricorrenti, e si sono spesso attivate per provocare l'accertamento di «serious or massive violations» dei diritti umani ai sensi dell'art. 58 della Carta[61].

In altri casi, invece, le ONG non sono parte in giudizio ma assumono la rappresentanza legale dei ricorrenti o presentano memorie in qualità di *amici curiae*. Quanto alla rappresentanza legale[62], la Corte europea dei diritti umani e la Corte interamericana dei diritti umani possiedono una disciplina particolarmente flessibile[63]. L'obiettivo, anche in questo

[58] V., al riguardo, i "leading cases" *Blake c. Guatemala*, rapporto n. 5/95 del 15 febbraio 1995, e *Villagran Morales y otros c. Guatemala*, rapporto n. 33/96 del 16 ottobre 1996.

[59] V. A.-K. LINDBLOM, *Non-Governmental Organizations in International Law*, Cambridge, 2005, p. 276.

[60] V., ad esempio, *FIDH, National Human Rights Organization (ONDH) and Rencontre Africaine pour la Defense des Droits de l'Homme (RADDHO) v. Senegal*, comunicazione n. 304/2005, in *21st Activity Report: Annex II* (2007), ove l'organo ha respinto l'obiezione dello Stato convenuto secondo cui «a communication submitted in accordance with the provisions of Art. 55 of the Charter should be based on verified facts that have caused damage, with real identifiable victims».

[61] V., ad esempio, *Organisation Mondiale contre la Torture, Association Internationale des Juristes Démocrates, Commission Internationale des Juristes and Union Interafricaine des Droits de l'Homme v. Rwanda*, comunicazioni nn. 27/89, 49/91 e 99/93, in *10th Activity Report* (1996-1997); nonché, più recentemente, *Sudan Human Rights Organisation & Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE) v. Sudan*, comunicazioni nn. 279/03 e 296/05, in *28th Activity Report* (2009).

[62] V. T. SCOVAZZI, *Organizzazioni internazionali non governative*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IV, Milano, 2011, p. 829 ss., p. 841.

[63] Ai sensi dell'art. 36, comma 4, lett. a), del Regolamento di procedura della Corte europea dei diritti umani, la rappresentanza dei ricorrenti può essere assunta non soltanto da un avvocato abilitato alla pratica in uno qualunque degli Stati parte alla Convenzione, ma anche da «un'altra persona autorizzata dal presidente della camera» giudicante che

caso, è quello di consentire l'accesso alla giustizia ed un'efficace difesa ad individui che altrimenti non potrebbero goderne. Le ONG spesso redigono il ricorso, reperiscono il materiale documentale e testimoniale e partecipano alle udienze pubbliche.

Contribuire al buon funzionamento dei sistemi di accertamento è anche l'obiettivo in perseguimento del quale diversi tribunali internazionali che operano nel quadro di OI ammettono formalmente o in via di prassi la presentazione di memorie da parte di *amici curiae*. La valutazione dell'ammissibilità di tali comunicazioni, infatti, si basa anche sull'idoneità degli *amici curiae* ad assistere l'organo giudicante ai fini della corretta decisione del caso mediante la formulazione di considerazioni di fatto o di diritto connesse alla materia del contendere. Per fare un esempio, nel quadro del sistema di soluzione delle controversie dell'OMC, l'Organo di appello nel caso *Gamberetti*, invocò l'art. 12 dell'Intesa sulla soluzione delle controversie, e quindi l'esigenza «to ensure high-quality panel reports», per giustificare il potere discrezionale dei *panels* di accettare o meno *amici curiae*[64]. Nel successivo caso *Amianto*, l'Organo di appello sottolineò come requisito essenziale ai fini dell'accoglimento degli *amici* fosse la circostanza che essi potessero offrire un contributo non solo utile ma anche originale rispetto a quello offerto dalle parti[65]. Anche nel caso della Corte africana dei diritti umani e dei popoli, l'art. 45 del Regolamento di procedura consente all'organo di ascoltare come testimone o esperto ogni persona che possa assistere la

abbia preventivamente ricevuto una procura da parte del ricorrente. Quanto al Regolamento della Corte interamericana dei diritti umani, esso ammette la partecipazione al giudizio di «rappresentanti legali debitamente accreditati» dai ricorrenti (art. 2, punto 26).

[64] *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R del 12 ottobre 1998, paragrafi 104-108. Sul tema, in dottrina, v. ad esempio R. BARATTA, *La legittimazione dell'*amicus curiae *dinanzi agli organi giudiziali della Organizzazione mondiale del commercio*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2002, p. 549 ss.; E. BARONCINI, *L'apertura del sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC alla società civile: gli* amici curiae, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2003, p. 115 ss.; M. DISTEFANO, *NGOs and the WTO Dispute Settlement Mechanism*, in T. TREVES (a cura di), *Civil Society, International Courts and Compliance Bodies*, The Hague, 2004, p. 261 ss.; C.L. LIM, *The* Amicus *Brief Issue at the WTO*, in *Chinese Journal of International Law*, 2005, p. 85 ss.; A. KAUBISCH, *Die Beteiligung von* amici curiae *im Streitbeilegungsverfahren der WTO*, in *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 2007, p. 104 ss.

[65] Devono, cioè, chiarire «in what way [they] will make a contribution to the resolution of this dispute that is not likely to be repetitive of what has been already submitted by a party or third party to this dispute» (*European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, Additional Procedure Adopted Under Rule 16(1) of the Working Procedures for Appellate Review*, WT/DS135/9 dell'8 novembre 2000).

Corte nello svolgimento dei propri compiti[66]. *Ratio* conforme emerge dall'art. 44, par. 3, del Regolamento di procedura della Corte europea dei diritti umani («in the interests of the proper administration of justice») e da altri strumenti[67].

7. Segue: *la partecipazione all'attività di esecuzione*

Come si è già avuto modo di osservare, una delle tappe di evoluzione del ruolo svolto dai privati nel quadro delle attività delle OI è costituita dallo sviluppo di *partnerships* operative che valorizzano in sommo grado le potenzialità insite nel coinvolgimento soprattutto di ONG nella fase attuativa di decisioni, programmi, politiche assunte da OI.

Nel caso della Banca mondiale, la partecipazione di organizzazioni della società civile ai progetti finanziati è ritenuta utile a migliorare la *performance* operativa e la sostenibilità presso le comunità locali di questi progetti, contribuendo ad accrescere la conoscenza locale, l'expertise tecnica e la loro accettazione sociale[68]. Il coinvolgimento della società civile organizzata in specifici progetti finanziati dalla Banca è disciplinato dal manuale operativo intitolato «Involving Nongovernmental Organizations in Bank-Supported Activities»[69]. Secondo questo manuale (par. 15), le ONG devono essere selezionate sulla base delle qualità specifiche e dell'expertise richiesta per l'attuazione del progetto in questione. Inoltre la Banca ha interesse a mantenere un dialogo aperto con quelle ONG che sono in grado di influenzare l'opinione pubblica o i governi in termini di programmi e politiche di sviluppo. Si tratta di requisiti interessanti, poiché anche i c.d. "grass-roots links", cioè i richiesti legami con il territorio, più che essere diretti a rappresentare le comunità locali nei processi decisionali internazionali sembrano, al contrario, mirare a rappresentare le decisioni internazionali nelle comunità locali.

[66] Per un esame della prassi rilevante, v. F. VILJOEN, A.K. ABEBE, *Amicus Curiae Participation Before Regional Human Rights Bodies in Africa*, in *Journal of African Law*, 2014, p. 22 ss.

[67] Presso i Tribunali penali internazionali per la *ex* Iugoslavia e per il Ruanda, ad esempio, l'accoglimento degli *amici curiae* è subordinato alla circostanza che la Camera «considers it desirable for the proper determination of the case» (art. 74 dei Regolamenti di procedura e prova). In dottrina, v. E. TRAMONTANA, *Organizzazioni non governative*, cit., p. 179 ss.

[68] World Bank, *Working Together: World Bank-Civil Society Relations*, 2003, p. 33 (www.worldbank.org/civilsociety/publications).

[69] World Bank Operation Manual: *Good Practices 'Involving Nongovernmental Organizations in Bank-Supported Activities'*, GP 14.70 (Feb 2000).

Significativa è anche la collaborazione tra ONG e agenzie delle Nazioni Unite attive in emergenze umanitarie. Un esempio è offerto dal Programma alimentare mondiale. Nei rilevanti documenti, anche in questo caso, si riconosce che il ruolo di *partner* operativo delle ONG è vitale in situazioni di emergenza per garantire l'effettività degli interventi di aiuto. Per fare un esempio, nella *Country Strategy Outline for Honduras* del 1997, si riconobbe che: «The participation of experienced NGOs often compensated for weak implementation by the public sector, and increased the coverage and *efficiency* of activities, and care for infant populations»[70].

Significative, infine, sono le condizioni richieste dall'UNAIDS per sviluppare *partnerships* operative con ONG. Si richiede infatti che tali *partnerships* siano in grado di apportare «expertise and technical skills that complement the work of UNAIDS», e di «enable UNAIDS to add value»[71]. Il ruolo della società civile organizzata consiste tra l'altro nel costituire meccanismi di *accountability* (c.d. "watchdog") circa l'attuazione dei programmi, delle politiche e delle strategie, e nel farsi portatori di informazioni sull'epidemia AIDS agendo come sensori di rilevazione presso le comunità colpite.

8. *Sull'idoneità della società civile organizzata a fornire legittimazione democratica*

Come detto, la seconda gamba dell'argomento che intendiamo sviluppare poggia su quanto osservato in dottrina circa la stessa possibilità che la società civile organizzata possa offrire un "by-pass" democratico alle OI.

Un primo, e centrale, dubbio riguarda il *deficit* di democraticità che affliggerebbe le stesse ONG. Nella maggior parte dei casi, infatti, si tratta di enti auto-nominati, che non hanno ricevuto alcun mandato dalla società civile, né sono sottoposti ad alcun controllo dall'esterno, e che più che rappresentare comunità rappresentano (al pari dei privati del settore "profit") interessi particolari, neanche generali o bilanciati (ed infatti

[70] WFP/EB.2R/97/3/Add.4, par. 52 (corsivo nostro). In dottrina, v. A.-K. LINDBLOM, *Non-Governmental Organizations*, cit., p. 497.

[71] *UNAIDS Guidance for Partnerships with Civil Society, Including People Living with HIV and Key Populations*, 2011, p. 16 ss.

spesso confliggenti tra di loro)[72]. Insomma resta sempre efficace il vecchio quesito "Who elected the NGOs?". Peraltro, le stesse ONG non pretendono necessariamente di farsi portatrici di una legittimazione democratica. All'indomani degli incidenti che, nel dicembre del 1999, ebbero luogo a Seattle in occasione della Conferenza ministeriale dell'Organizzazione mondiale del commercio – incidenti che posero fine alla "luna di miele" tra il Segretario generale Annan ed il mondo della società civile organizzata – il Direttore esecutivo di *Greenpeace* Regno Unito ammise di non rappresentare nessuno se non i membri del gruppo ed i suoi sostenitori[73]. Orbene, è piuttosto curioso ritenere aprioristicamente portatori di democrazia enti che, talvolta almeno, ammettono di esserne non solo privi ma anche poco interessati a dotarsene. Vero è invece che dalla relazione tra ONG e OI discende un effetto circolare di doppia e reciproca legittimazione che torna estremamente utile ad entrambe le parti[74].

In secondo luogo, ricorre in dottrina l'accusa di "società servile"[75]. Come dimostrano anche alcuni degli esempi di prassi precedentemente esaminati (ad esempio il finanziamento delle ONG canadesi da parte del governo di Ottawa per sostenere una certa linea politica al negoziato che precedette l'adozione della Convenzione quadro sul controllo del tabac-

[72] V. K. ANDERSON, D. RIEFF, *"Global Civil Society": a Sceptical View*, in H. ANHEIER *et al.* (a cura di), *Global Civil Society 2004-2005*, London, 2004, p. 26 ss., pp. 29-30. In senso analogo, v. già P.J. SPIRO, *New Global Potentates: Nongovernmental Organizations and the "Unregulated" Marketplace*, in *Cardozo Law Review*, 1996, p. 957 ss., p. 963 («NGO leaders have emerged as a class of modern day, nonterritorial potentates, a position rather like that commanded by medieval bishops»). Cfr. altresì E. TRAMONTANA, *Organizzazioni non governative*, cit., scettica tanto sul carattere democratico-rappresentativo delle ONG (p. 256 ss.), quanto sulla loro idoneità ad operare a tutela del bene comune dell'umanità nel suo complesso (p. 268 ss.). Tra gli autori che invece, in un quadro ispirato al modello della democrazia partecipativa, legano strettamente il concetto stesso ed il ruolo svolto dalla società civile nel dispiegarsi delle funzioni dell'ordinamento internazionale alla protezione dell'interesse oggettivo dell'umanità nel suo complesso (ragion per cui la società civile non giocherebbe alcun ruolo, ad esempio, nei settori tradizionali del diritto internazionale relativi alla protezione ed alla delimitazione dei poteri degli Stati), v. M. IOVANE, *La participation*, cit., p. 515.

[73] «Democratic Governments are elected and have democratic legitimacy. Other organizations; such as Greenpeace… do not. We have the legitimacy of our market of who buys us or supports us. I don't claim any grater legitimacy than that, nor do I want it» (riportato da J. MAROZZI, *Whose World Is It, Anyway?*, in *The Spectator*, 5 agosto 2000).

[74] V. K. ANDERSON, *"Accountability" as "Legitimacy": Global Governance, Global Civil Society and the United Nations*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2011, p. 841 ss., p. 846.

[75] O. DE FROUVILLE, *Domesticating Civil Society at the United Nations*, in P.-M. DUPUY, L. VIERUCCI (a cura di), *NGOs and International Law,* cit., p. 71 ss. V., inoltre, M. NAÍM, *What is a Gongo? How Government-Sponsored Groups Masquerade as Civil Society*, in *Foreign Policy*, 2009 (http://foreignpolicy.com/2009/10/13/what-is-a-gongo/).

co), non mancano casi nei quali le ONG, che di solito vengono coinvolte sul presupposto della loro indipendenza, non riescono ad essere indipendenti. O talvolta non possono. Questo, ad esempio, è quanto è stato notato da chi ha analizzato la prassi del Comitato delle Nazioni Unite sulle ONG, l'organo che effettua il filtro sulle richieste di accreditamento che poi vengono sottoposte alla decisione finale (inevitabilmente conforme) dell'ECOSOC. Si tratta di un organo esclusivamente intergovernativo che effettua un filtro di natura politica, e non tecnica. In altre parole, le ONG invise agli Stati che ne sono membri possono pagare la loro indipendenza col non accreditamento o la sospensione dallo *status*. È quanto capitato ad esempio a ONG che avevano denunciato violazioni dei diritti umani in Russia, Cina e Cuba[76]. Il carattere problematico della procedura e l'eccessivo numero di casi nei quali sono state accreditate ONG «that are sponsored and controlled by Governments»[77] ha spinto il *panel* di personalità autore del Rapporto Cardoso a proporre una "depoliticizzazione" della procedura ed un suo maggior ancoraggio a parametri tecnici, quali, ovviamente, l'expertise apportata dalle ONG.

Resta infine sempre valida l'osservazione per la quale la partecipazione alle attività delle OI resta sbilanciata a favore delle ONG del Nord aventi sede in Paesi industrializzati, meglio attrezzate sotto il profilo finanziario e della ricerca, e quindi anche più appetibili come portatori di conoscenza[78].

9. *Principi democratici ed altri modelli di legittimazione: conclusioni*

L'esame svolto della prassi e la presa in considerazione di alcuni limiti strutturali riguardanti la capacità dei privati di essere portatori di legittimazione democratica a livello internazionale rafforzano la tesi dalla quale siamo partiti, e cioè che l'ibridazione pubblico-privata delle OI esaminate persegue *anche* modelli di legittimazione diversi: quello funzionale incentrato sulla qualità dei risultati ed, in misura sempre crescen-

[76] Cfr. J. D. ASTON, *The United Nations Committee on Non-governmental Organizations: Guarding the Entrance to a Politically Divided House*, in *European Journal of International Law*, 2001, p. 943 ss., p. 949 ss.

[77] *We the Peoples*, cit., par. 127.

[78] J. GUPTA, *Legitimacy in the Real World: A Case Study of the Developing Countries, Non-Governmental Organizations, and Climate Change*, in J.-M. COICAUD, V. HEISKANEN (a cura di), *The Legitimacy of International Organizations*, Tokyo, 2001, p. 482 ss., p. 492; V. COLLINGWOOD, L. LOGISTER, *State of the Art: Addressing the INGO 'Legitimacy Deficit'*, in *Political Studies Review*, 2005, p. 175 ss., p. 179.

te, quello scaturente dal rispetto dei principi della *good governance*, la nuova ortodossia neo-liberale e neo-liberista della regolazione globale.

Si tratta di modelli di legittimazione supplenti o alternativi rispetto a quello democratico-rappresentativo, che già a livello interno miravano a colmare le lacune della rappresentanza democratica, vista come una coperta troppo corta, inadatta ad avvolgere decisioni prese da amministratori con poteri sempre più ampi e sempre più discrezionalmente lontani dal controllo del legislatore democraticamente eletto. Tali modelli vengono oggi riproposti a livello internazionale e globale proprio sul presupposto che «under current circumstances, no satisfactory democratic basis for global administration is available»[79]. A livello di OI, infatti, il conforto della catena della legittimazione che passa attraverso il consenso statuale è, come si è visto, sempre più tenue, i rappresentati sempre più lontani dai centri delle decisioni, il consenso sempre più fittizio, le decisioni sempre più discrezionalmente riposte nelle mani di comitati e sotto-comitati tecnici di esperti, o ancora, di corti, a loro volta intenzionalmente prive, in quanto organi per natura contro-maggioritari, di legittimazione democratica. L'obiezione tradizionale per la quale il *demos* si trova solo all'interno degli Stati[80] è resa ancora più insuperabile dall'indebolirsi dei poteri di controllo dei governi sull'attività delle burocrazie internazionali, e quindi dallo sfilacciarsi irrimediabile della catena che portava a livello internazionale parte della legittimità democratica formatasi negli ordinamenti interni.

D'altro canto, è stato contro-argomentato che l'impossibilità di trasporre a livello internazionale il modello della democrazia rappresentativa non dovrebbe necessariamente spingere a mettere tra parentesi il discorso democratico per preferirvi *tout court* altre forme di legittimazione[81]. Sarebbe in fondo sempre possibile trasporre a livello internazionale non la legittimazione elettorale (almeno di non voler accedere a utopiche costruzioni cosmopolitiche), ma singoli valori o componenti dell'ideale democratico. Da questo punto di vista, alcuni dei principi della *good governance* – per quanto si tratti di un modello esso stesso teso ad un maggior efficientismo – potrebbero invece fungere da "involontario", diciamo così, veicolo di valori democratici, ad iniziare proprio dalla parteci-

[79] B. KINGSBURY, N. KRISCH, R.B. STEWART, *The Emergence*, cit., pp. 50-51.

[80] V. J. WEILER, *The Geology of International Law-Governance, Democracy and Legitimacy*, in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 2004, p. 547 ss.

[81] G. DE BÚRCA, *Developing Democracy beyond the State*, in *Columbia Journal of Trasnational Law*, 2008, p. 101 ss.; A. PETERS, *Dual Democracy*, in J. KLABBERS, A. PETERS, G. ULFSTEIN (a cura di), *The Constitutionalization of International Law*, Oxford, 2009, p. 313.

pazione più ampia possibile dei portatori di interessi, e quindi anche dei privati, alle decisioni regolative globali. Dei dubbi però sorgono. L'ideale democratico-deliberativo[82], ad esempio, «as opposed to voting, interest aggregation»[83] (caratteri propri della democrazia rappresentativa), mostra inevitabili profili di tensione rispetto alle forme ed ai modi della partecipazione ed agli altri principi della *good governance*. Si è osservato in dottrina[84], infatti – evocando la prassi della comitologia europea e del *New approach* nella definizione di *standards* regolativi sempre a livello di Unione europea – che i processi deliberativi basati su un'argomentazione razionale che implica la capacità di auto-correzione funzionano tanto meglio quanto meno numerosa è la partecipazione, meno forte la trasparenza e meno operanti i meccanismi di *accountability*. L'applicazione della trilogia, infatti, ostacola il successo dei processi dialogici e lo sforzo di depoliticizzare i processi di *standard-setting* riqualificandoli come problemi tecnici. Questo crea una tensione inevitabile tra qualità deliberativa e partecipazione adeguata, soprattutto se si vuole che tale partecipazione sia la più ampia possibile, non solo dei destinatari delle decisioni ma di tutti i soggetti sociali interessati (com'è proprio del modello democratico-deliberativo)[85]. A ciò si aggiunga la constatazione che i privati restano fuori dalla stanza quando le decisioni vengono prese, per lo più dagli Stati. Abbiamo già visto come questo schema corrisponda all'esigenza di massimizzare i vantaggi funzionali della partecipazione dei privati e minimizzarne gli svantaggi. Questo però significa anche che "dentro la stanza" le decisioni continuano ad essere prese attraverso negoziati tra soggetti che ragionano, di solito almeno, in termini strategici[86], di cura di interessi nazionali, con poca disponibili-

[82] Sul quale, v. R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IV, Milano, 2011, p. 271 ss.

[83] V.J. DRYZEK, *Deliberative Democracy and Beyond: Liberals, Critics, and Contestations*, Oxford, 2000, p. 1. V. anche J.L. MARTÍ, *The Epistemic Conception of Deliberative Democracy Defended. Reasons, Rightness and Equal Political Autonomy*, in S. BESSON, J. L. MARTÍ (a cura di), *Deliberative Democracy and Its Discontents*, Aldershot, 2006, p. 28 («The adjective "deliberative" added to democracy refers to a particular way of decision-making based on argumentation or deliberation, as opposed to bargaining and voting»).

[84] R.B. STEWART, *Accountability and the Discontents of Globalization: US and EU Models for Regulatory Governance*, 2006 (http://www.iilj.org/courses/documents /Stewart.AccountabilityandDiscontents.091206.pdf).

[85] Secondo, infatti, la definizione che, ad esempio, ne dà J. ELSTER, *Introduction*, in ID. (a cura di), *Deliberative Democracy*, Cambridge, 1998, p. 8, «the notion includes collective decision-making with the participation of all who will be affected by the decision or their representatives: this is the democratic part».

[86] Mentre «arguing consists of exchanging reasons – for or against certain proposals – with the purpose of rationally convincing others, *instead of strategic participation* ori-

tà all'auto-correzione o alla trasformazione di interessi e preferenze dinanzi all'altrui migliore argomento, elementi che invece dovrebbero rappresentare una delle possibili conseguenze dell'azione comunicativa habermasiana incentrata sull'*arguing*[87].

Scartati dunque (o quantomeno infiacchiti nella loro attuazione) il modello democratico-rappresentativo e quello deliberativo, resta in fondo la possibilità più ovvia, quella evocata nel Rapporto Cardoso e nella ris. n. (2003)8 del Consiglio d'Europa, e cioè che la partecipazione dei privati configuri applicazione del principio della democrazia partecipativa, di un modello, cioè, che registri il passaggio "dal voto alla voce"[88]. Ma anche in quest'ultimo caso sorgono dubbi. La partecipazione, infatti, può risultare ostacolata da diversi fattori[89]: la riluttanza degli Stati membri di OI a condividere la loro autorità; la difficoltà di garantire una reale voce a gruppi della società civile male organizzati e/o dotati di poche risorse; ed infine la natura specialistica di molta *governance* globale, caratterizzata dalla circostanza che alla riduzione funzionale dei propri oggetti (sezionati, segmentati, settorializzati) accoppia, per ognuno di essi e per contro, un'estensione regolativa rivolta all'intero globo[90]. Tale natura spinge i decisori a privilegiare l'efficienza di azioni legate al perseguimento della propria specifica "missione" (sia essa la liberalizzazione del commercio, la garanzia di mercati sicuri ed efficienti, la lotta alla diffusione di malattie ecc.), con scarsa predisposizione a disperdere tempo, costi transattivi, efficienza, vantaggi della specializzazione tecnica o a pregiudicare l'esito di meccanismi di *accountability* cui i decisori stessi

ented to imposing personal political preferences or desires on others» (così J.L. MARTÍ, *The Epistemic Conception*, cit., pp. 28-29, corsivo aggiunto). Non mancano, peraltro, ricostruzioni che indicano come troppo rigida la contrapposizione tra agire comunicativo proprio della deliberazione e agire strategico proprio della negoziazione, e che indagano invece la possibilità di una terza modalità d'azione, e cioè l'uso strategico dell'argomentazione (v. J. ELSTER, *Argomentare e negoziare* (tr. it.), Milano, 2005, p. 137).

[87] J. HABERMAS, *Teoria dell'agire comunicativo* (tr. it.), vol. I, Bologna, 2008, p. 73 (ove l'argomentazione è definita «il tipo di discorrere, nel quale i partecipanti tematizzano pretese di validità controverse e cercano di soddisfarle o di criticarle con argomenti»).

[88] V. il Rapporto Cardoso, *We the Peoples*, cit., par. 37. In dottrina, cfr. R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa e democrazia partecipativa*, Relazione al Convegno "La democrazia partecipativa in Italia e in Europa: esperienze e prospettive", Firenze, 2-3 aprile 2009 (http://www.astrid-online.it/Forme-e-st/Studi--ric/Bifulco_democrazia-partecipativa--2-_Firenze_2-3_4_09.doc.pdf).

[89] Cfr., al riguardo, R.B. STEWART, *Remedying Disregard in Global Regulatory Governance: Accountability, Participation, and Responsiveness*, in *American Journal of International Law*, 2014, p. 211 ss., pp. 237-241.

[90] V. G. PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Bologna, 2012, p. 127.

possono essere sottoposti, per aprire i processi consultivi e/o decisionali alla più ampia partecipazione di tutti i soggetti, anche privati, toccati da quelle decisioni. Non a caso, almeno nei casi esaminati, l'inclusione è soprattutto di expertise, conoscenze ed interessi (*profit* o *non-profit* poco rileva sotto questo profilo) selezionati all'entrata sulla base del contributo che possono offrire al miglioramento dei risultati prodotti dall'organizzazione. Sovente non si dà voce ai senza voce, ai negletti[91], ai marginalizzati[92], ma a chi ha la voce più forte e porta valore aggiunto, e quindi ai meglio finanziati ed organizzati, spesso scelti dagli stessi governi che dovrebbero essere oggetto di controllo civile. Si tratta di una *partecipazione funzionale* di stampo neo-corporativo che si limita a dare ad alcuni gruppi il privilegio almeno di tentare la cattura del regolatore, rischia l'arbitrio, non porta eguaglianza politica, non dà vita a decisioni dal pubblico per il pubblico. Quella che si ibrida è una collazione di interessi particolari, che non si fa società. Sicché, in definitiva «deliberation, participation, and contestation are no real substitute for formal democracy»[93].

Che non sia (solo) la democrazia a legittimare le OI è del resto uno sviluppo che corre parallelo a quanto è stato già osservato con riferimento all'Unione europea[94], ed a quanto avviene per gli Stati, anch'essi spesso poco considerati per le loro credenziali democratiche a dispetto di un asserito diritto/obbligo alla *governance* democratica in eterna e mai completa emersione[95]. Né dal quadro tracciato escono rafforzate quelle

[91] Ed infatti R.B. STEWART, *Remedying*, cit., p. 211 ss., individua nel problema del *disregard* di gruppi deboli o vulnerabili sotto il profilo politico o giuridico, o di interessi sociali diffusi e meno organizzati, uno dei più significativi effetti del trasferimento del potere regolativo dal livello nazionale a quello internazionale e globale, effetto dovuto anche alla carenza di presidi di partecipazione (p. 235).

[92] Mentre è elemento essenziale dei processi di democrazia partecipativa l'adozione del principio di massima inclusione, in virtù del quale «"tutti", o "chiunque" o il "pubblico"» possono intervenire nella procedura in condizioni di eguaglianza, sicché è esclusa ogni partecipazione limitata ai soli soggetti «tutelati specificamente in loro situazioni soggettive», e non aperta «anche a coloro che stanno in posizioni sociali o giuridiche deteriori», anche con fini di protesta e/o perseguimento di obiettivi di giustizia sociale (elementi, questi ultimi, che consentirebbero, insieme ad altri (v. R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, cit., pp. 276-278), di distinguere la democrazia partecipativa da quella deliberativa, dal momento che nel primo caso «La comunicazione e la ricerca dell'intesa non bastano»), v. U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa*, in *Enciclopedia del diritto*, Annali, IV, Milano, 2011, p. 295 ss., pp. 327 e 330.

[93] A. PETERS, *Dual Democracy*, cit., p. 270.

[94] Per una ricostruzione del dibattito, v. M. STARITA, *I principi democratici nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2011, pp. 61-63.

[95] V. J. D'ASPREMONT, *The Rise and Fall of Democracy Governance in International Law: A Reply to Susan Marks*, in *European Journal of International Law*, 2011, p. 549 ss., p. 559 ss.

tesi che vorrebbero incentrare proprio sull'emersione, incipiente a livello internazionale, di un democrazia compensativa affidata anche al contributo di società civile e ONG, progetti di costituzionalizzazione dell'ordinamento internazionale[96]. Come si è detto, l'ibridazione esaminata entro i limiti del presente contributo non ha granché di rivoluzionario, rafforza anzi in chiave riformista lo schema westfaliano, così come nel modello regolativo americano la maggiore partecipazione dei privati corse parallela all'estendersi dei poteri pubblici nel *New Deal* rooseveltiano.

[96] V. ancora A. PETERS, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, in *Leiden Journal of International Law*, 2006, p. 579 ss.

PRIMA SESSIONE PARALLELA

L'UNIONE EUROPEA COME MODELLO DI ORGANIZZAZIONE REGIONALE IN TRANSIZIONE

Presidenza

G. TESAURO

IL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA FRA GLI STATI MEMBRI NELL'UNIONE EUROPEA

Lucia Serena ROSSI*

SOMMARIO: Introduzione. – *SEZIONE I - UGUAGLIANZA DEGLI STATI E SOVRANITÀ NEL DIRITTO INTERNAZIONALE E NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA* – I.1. Il principio di uguaglianza fra Stati nel diritto internazionale. – I.2. Il principio di uguaglianza e le organizzazioni internazionali: i test della rappresentanza e delle regole di voto. – I.3 L'evoluzione del principio di uguaglianza fra gli Stati membri dell'UE: i "classici" test della rappresentanza nelle istituzioni e delle procedure decisionali. – I.4. Necessità di un terzo test: ruolo delle "istituzioni di garanzia" e capacità di assicurare l'interesse generale. – *SEZIONE II - IL RAPPORTO FRA IL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA DEGLI STATI MEMBRI E ALTRI PRINCIPI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA* II.1 Uguaglianza e uniforme applicazione: limiti all'integrazione differenziata. – II.2 Il concetto di uguaglianza fra Stati membri dell'Unione europea: dalla giurisprudenza della Corte all'inserimento fra i principi fondamentali dell'art 4 TUE. – II.3 Una lettura sistematica dei principi dell'art. 4 TUE: a) uguaglianza, attribuzione e leale cooperazione. – II. 4 b) Uguaglianza, identità nazionali, identità europea. – II.5 Uguaglianza e solidarietà. – *SEZIONE III – CONCLUSIONI*: Il principio di uguaglianza in un'Unione di Stati a sovranità condivisa.

Introduzione

Il presente contributo mira a ricostruire l'evoluzione del principio di uguaglianza fra gli Stati membri dell'Unione europea, introdotto per la prima volta, sulla scia del Trattato Costituzionale, dal Trattato di Lisbona nell'art. 4.2 TUE.

Il lavoro è diviso in due sezioni. La prima analizza il rapporto fra uguaglianza e sovranità, mentre la seconda si soffermerà sul rapporto del principio di uguaglianza degli Stati membri con concetti giuridici limitrofi che, come si vedrà, influenzano l'idea stessa di uguaglianza.

Nella prima si prenderà dapprima in esame la genesi e la portata del

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna.

principio nel diritto internazionale e nelle organizzazioni internazionali. Si esaminerà poi come l'idea di uguaglianza fra gli Stati membri si sia evoluta nell'ambito dell'Unione europea, alla luce del processo di integrazione di quest'ultima.

Nella seconda sezione occorrerà innanzitutto esaminare come si possano coniugare il principio di uguaglianza e l'integrazione differenziata all'interno dell'Unione europea, chiedendosi se il primo possa costituire un limite per la seconda. Si prenderanno poi in esame le relazioni del principio di uguaglianza fra Stati membri con altri principi fondamentali dell'Unione europea, primi fra tutti quelli elencati e nello stesso art. 4 TUE: attribuzione, leale cooperazione e rispetto dell'identità degli Stati membri. Ci si chiederà infine quale sia il rapporto fra il principio di uguaglianza e quello di solidarietà, anch'esso affermato dal Trattato di Lisbona.

In conclusione si cercherà di chiarire se l'idea di uguaglianza affermatasi nel diritto internazionale si possa trasporre anche nei rapporti fra gli Stati membri dell'Unione europea, o se, in ragione della natura sovranazionale di quest'ultima, essa debba invece subire dei correttivi.

SEZIONE I
UGUAGLIANZA DEGLI STATI E SOVRANITÀ NEL DIRITTO INTERNAZIONALE E NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

I.1. Il principio di uguaglianza fra Stati nel diritto internazionale

Il principio di uguaglianza fra Stati si è inizialmente affermato in dottrina come frutto del giusnaturalismo e dell'illuminismo[1], sulla base

[1] Per una ricostruzione storica del concetto v. P.H. KOOIJMANS, *The Doctrine of Legal Equality of States: an Inquiry into the Foundations of International Law*, Sythoff, 1964; J. KOKOTT, *States, Sovreign Equality,* in R. WOLFRUM (ed.), *Max Planck Encyclpedia of Public International Law,* 2009 e T.H. LEE, *International Law, International Relations Theory and Preemptive War*: *the Vitality of Sovereign Equality Today,* in *Law and Contemporary Problems*, 2004, p. 147 ss.; J.L. DUNOFF, *Is Sovereign Equality Obsolete? Understanding Twenty-First Century International Organizations*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2012, pp. 99-127.

di un'analogia fra diritti dei singoli e diritti degli Stati, ed era connesso ad un'idea di "innato cosmopolitanesimo"[2]. Francisco De Vitoria suggerì di estendere agli Stati l'idea della naturale uguaglianza degli individui e dei popoli. Il principio trovò poi una formulazione iconica con Emmerich de Vattel che dichiarò che «come il nano è un uomo allo stesso modo di un gigante, una piccola repubblica non è meno sovrana del più potente dei regni»[3].

Il principio si rivelò poi funzionale anche all'idea di Stato sovrano[4]. Poiché in una comunità disorganizzata manca un'autorità gerarchicamente sovraordinata[5] e il diritto nasce come un'autolimitazione della sovranità statale, lo Stato sovrano, proprio perché *superiorem non recognosens*[6], ha diritto ad essere considerato alla pari degli altri Stati, indipendentemente dalle sue dimensioni, dal suo peso dalla sua ricchezza.

Il principio, divenuto nel tempo quasi un postulato[7], era riferito all'uguaglianza formale, o giuridica, ovvero uguaglianza davanti alla legge, e mirava a proteggere gli Stati più piccoli o più deboli[8]. Esso implicava altri corollari fra cui l'indipendenza, il divieto di ingerenza negli affari interni e l'immunità dalla giurisdizione di altri Stati[9]. La Corte internazionale di giustizia, nella sentenza del 2012 relativa al riconoscimento dell'immunità della Germania dalla giurisdizione civile italiana per fatti riconducibili all'occupazione nazista, ha affermato che il princi-

[2] G. GORDON, *Legal Equality and Innate Cosmopolitanism - Contemporary Dsicourses of Internaitonal Law*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2012, p. 183 ss.

[3] E. DE VATTEL, *Le Droits des Gents*, Londra, 1758, Libro IV, Capitolo 6, § 78.

[4] Secondo D. HASSAN, *The Rise of Territorial State and the Treaty of Westphalia*, in *Yearbook of New Zealand Jurisprudence*, 2006/9, p. 62 fu la pace di Westphalia ad aprire le porte al concetto di uguaglianza sovrana degli Stati.

[5] Secondo R.P. ANAND, *Sovereign Equality of States in International Law*, Hope India, 2008, p. 14, sovranità ed uguaglianza fra Stati «are really two sides of the same coin».

[6] In tal senso v. M. VELLANO, *Verso il superamento del principio della parità formale degli Stati nel governo dell'economia mondiale*, in *Problemi e tendenze del diritto dell'economia,* Liber Amicorum *in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, p. 153 ss.

[7] Così R.P. ANAND, *op. cit*., p. 14.

[8] Il principio fu teorizzato da Oppenheim come un «invariable quality derived from their International Personality», *Oppenheim International Law*, 1905, p. 108.

[9] Sul tema v. F. OPPENHEIMER, *The State: Its History and Development viewed Sociologically*, authorized translation by J. M. GITTERMAN (New York: B.W. Huebsch, 1922): http://oll.libertyfund.org/titles/1662, http://oll.libertyfund.org/titles/oppenheimer-the-state/simple; B. KINGSBURY, *Sovereignty and Inequality*, in *European Journal of International Law*, 2014, p. 599 ss.

pio dell'immunità per gli atti *iure imperii* si basa per l'appunto sul principio dell'uguaglianza formale degli Stati[10].

È però evidente che l'uguaglianza formale fra gli Stati non comporta quasi mai una uguaglianza sostanziale, vale a dire uguaglianza dei rapporti di forza, e per tale ragione il concetto è stato criticato dalla dottrina positivistica. Nel 1944 Hans Kelsen[11] rilevava che «equality is the principle that under the same conditions States have the same duties and the same rights. This is however an empty and insignificant formula because it is applicable even in case of radical inequalities»[12]. Kelsen non condivideva le teorie, all'epoca dominanti, secondo le quali il principio di uguaglianza fra Stati è strettamente connesso con quello di autonomia degli stessi come soggetti di diritto internazionale, in quanto riteneva che non fosse possibile ricavare regole da un concetto giuridico come quello di sovranità, perché le regole nascono nella prassi.

Il principio di uguaglianza fu affermato dalle Conferenze di Pace dell'Aja del 1889 e 1907, che affermarono la regola «one State one vote», ma dette adito a forti contrapposizioni al momento della creazione di una Corte permanente di arbitrato. Con la Società delle Nazioni, nel cui Patto fondativo il principio non era menzionato, la rappresentanza degli Stati in seno al Consiglio non seguiva il principio di uguaglianza formale, privilegiando le potenze che avevano sconfitto la Germania; tuttavia non avendo tale istituzione la capacità di vincolare gli Stati che non partecipavano alla decisione, l'uguaglianza, da un punto di vista sostanziale, non era violata[13].

La Carta dell'Onu capovolse la situazione. Da un lato sanciva (art. 2, par.1) formalmente gli uguali diritti delle Nazioni grandi e piccole (preambolo) e affermava che l'Organizzazione è fondata sul principio della «sovrana uguaglianza» (*sovereign equality*)[14] di tutti i suoi Mem-

[10] «The Court considers that the rule of State immunity occupies an important place in international law and international relations. It derives from the principle of sovereign equality of States, which, as Article 2, paragraph 1, of the Charter of the United Nations makes clear, is one of the fundamental principles of the international legal order» (par. 57 della sentenza) in http://www.icj-cij.org/docket/files/143/16883.pdf.

[11] H. KELSEN, *The Principle of Sovereign Equality of Statesas a Basis for International Organization*, in *The Yale Law Journal*, 1944, p. 206 ss.

[12] H. KELSEN, *General Theory of Law and the State*, Cambridge, 1945, p. 252.

[13] Sul tema v. H. WEINSCHEL, *The Doctrine of the Equality of States and its Recent modifications*, in *The American Society of International Law*, vol. 45, n. 3, 1951, p. 417 ss.

[14] U.K. PREUSS, *Equality of States. Its Meaning in a Constitutionalized Global Order*, in *Chicago Journal of International Law,* 2008, p. 27. L'autore sottolinea che tale

bri, principio che in effetti era rispecchiato nel funzionamento dell'Assemblea generale. Ma, d'altro, lato all'inuguale rappresentanza nel Consiglio di sicurezza si accompagnava il carattere cogente delle sue decisioni anche per quegli Stati che non avevano partecipato all'adozione delle stesse[15]. In quella fase storica, l'affacciarsi sulla scena mondiale delle potenze nucleari, e al tempo stesso l'esigenza di limitarne la proliferazione, rendeva improvvisamente palese che per assicurare il mantenimento della sicurezza internazionale occorreva accettare che non a tutti gli Stati spettassero gli stessi diritti.

Il principio della «sovereign quality of States» è stato poi ribadito nel 1964 dalla Dichiarazione dell'Assemblea generale dell'ONU sui principi di diritto internazionale concernenti le relazioni amichevoli e la cooperazione fra gli Stati[16]. La Dichiarazione, dopo aver enunciato che tutti gli Stati hanno uguali diritti e doveri e sono ugualmente membri della comunità internazionale, nonostante differenze economiche, sociali, politiche o di altra natura, precisa il contenuto del diritto[17] e dichiara che, da un lato tutti i principi da essa elencati sono interrelati fra loro e dall'altro che essi costituiscono «basic principles of international law». La Dichiarazione era figlia di un'epoca in cui, in concomitanza con il processo di decolonizzazione, l'uguaglianza appariva come un corollario della soggettività e dell'indipendenza degli Stati.

Tuttavia, poiché l'uguaglianza formale può essere limitata volontariamente mediante un trattato internazionale liberamente sottoscritto dallo Stato, dando luogo a situazioni che *per legge* nascono come differenziate, è evidente che anche se nella conclusione dei trattati vi è formale parità, il contenuto degli stessi può rispecchiare i diversi rapporti di forza

espressione ha un significato meramente formale e significa piuttosto (equal sovereignity) «uguale sovranità».

[15] Anche la Corte internazionale di giustizia ha il potere di emanare decisioni vincolanti, ma, come rileva H. WEINSCHEL, *op. cit.*, i giudici della Corte agiscono come individui e non come rappresentanti degli Stati.

[16] Risoluzione 2625 XXV, 24 Ottobre 1970, in http://www.un-documents.net/a25r2625.htm.

[17] «In particular, sovereign equality includes the following elements: a) States are judicially equal; b) Each State enjoys the rights inherent in full sovereignty; c)Each State has the duty to respect the personality of other States; d) The territorial integrity and political independence of the State are inviolable; e) Each State has the right freely to choose and develop its political, social, economic and cultural systems; f) Each State has the duty to comply fully and in good faith with its international obligations and to live in peace with other States».

delle parti[18]: in tal senso si può ricordare il dibattito sui c.d. "trattati ineguali"[19] la più recente prassi del c.d. *WTO Plus*[20].

Ed in effetti, con il progressivo organizzarsi della Comunità internazionale, in cui dall'indipendenza si passa ad una crescente situazione di interdipendenza[21], il principio di uguaglianza, pur non essendo mai formalmente smentito, ha cominciato a subire alcune deroghe all'interno delle organizzazioni internazionali, per cui si può riscontrare, parallelamente all'autolimitazione della sovranità, anche l'accettazione di regole che si discostano dal principio di uguaglianza formale, solo talvolta giustificate da considerazioni di uguaglianza sostanziale.

Di conseguenza, particolarmente importante appare la relazione fra principio di uguaglianza e dovere per gli Stati di adempiere in buona fede agli impegni presi, in quanto ciò può giustificare, come si è visto, una sostanziale limitazione dell'uguaglianza formale attraverso i Trattati che uno Stato liberamente accetta di concludere, dovere ribadito dall'art. 2 della Carta dell'ONU, che impone l'esecuzione in buona fede da parte degli Stati membri degli obblighi da loro assunti in conformità alla Carta ed una sorta di principio di leale cooperazione[22].

[18] Sul tema v. ad esempio B.R. ROTH, *Sovereign Equality and Non-Liberal Regimes*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2012, p. 25 ss.

[19] Si vedano sul punto le osservazioni di G. CONETTI, *Trattati ineguali*, http://www.tuttocina.it/tuttocina/storia/trattati_in.htm#.U3O7_F5OSyM.

[20] Successivamente all'entrata in vigore dell'Organizzazione Mondiale del Commercio OMC, avvenuta il 1 gennaio 1995, l'adesione di nuovi membri al sistema multilaterale degli scambi è stata caratterizzata dai cd obblighi *WTO-Plus*. Nei Protocolli di adesione, i nuovi membri dell'OMC hanno dovuto accettare obblighi aggiuntivi rispetto alla *membership* originaria del sistema di Marrakech. In particolare, i Paesi ricchi di risorse naturali, o che comunque sfruttano intensamente i loro giacimenti (come la Cina), hanno assunto l'obbligo di eliminare i dazi all'esportazione sulle loro materie prime, laddove il sistema GATT 1947, e quello attuale dell'OMC, per la *membership* originaria, mai hanno imposto obblighi in materia di dazi all'esportazione, lasciando ai Membri OMC del 1995 la più ampia libertà di tassare i prodotti in uscita dal loro mercato nazionale. Sul tema v. E. BARONCINI, *The Applicability of GATT Article XX to China's WTO Accession Protocol in the Appellate Body Report of the China – Raw Materials Case: Suggestions for a Different Interpretative Approach*, in *China EU Law Journal*, 2013, pp. 1 ss.

[21] R.P. ANAND, *op. cit*., p. 25.

[22] In base a tale articolo, i membri devono dare alle Nazioni Unite assistenza in qualsiasi azione che queste intraprendano e devono astenersi dal dare assistenza a qualsiasi Stato contro cui le Nazioni Unite intraprendano un'azione preventiva o coercitiva.

I.2. Il principio di uguaglianza e le organizzazioni internazionali: i test della rappresentanza e delle regole di voto

Le organizzazioni internazionali – o i sistemi multilaterali – nascono sulla base di autolimitazioni della sovranità che gli Stati membri accettano volontariamente al fine di attribuire certi poteri all'organizzazione stessa. All'autolimitazione della sovranità può essere connessa anche una compressione del principio di uguaglianza formale. Tale compressione, all'interno delle organizzazioni internazionali, viene tradizionalmente misurata in base a due distinti criteri: a) la rappresentanza quantitativa ed il peso degli Stati in seno alle istituzioni e b) le maggioranze di voto.

a) Quanto al primo criterio, occorre innanzitutto osservare che il principio di uguaglianza fra gli Stati si pone in un rapporto ambiguo con quello di democrazia. Questi due principi vengono normalmente evocarti assieme quando ci si riferisce ai diritti degli individui. Trasposto a livello delle relazioni fra gli Stati, il principio di uguaglianza evocherebbe, a prima vista, la regola «one State, one vote», sulla base di una idea di democrazia all'interno della Comunità internazionale. Tuttavia, come è stato sottolineato dalla dottrina[23], l'affermarsi nel diritto internazionale di un crescente ruolo per i popoli e per gli individui mette in discussione tale regola, in quanto suggerisce di attribuire un maggior peso agli Stati con una maggiore popolazione.

Nel diritto internazionale il concetto di democrazia è ambivalente e solleva un quesito di fondo: è più democratica una regola di voto che assegna uguale peso a tutti gli Stati in nome della loro uguale sovranità, o è più rispettosa del principio una procedura che tiene conto di quanti individui quello Stato rappresenta? Ogni organizzazione internazionale, nell'attribuire le proprie regole di voto deve dunque cercare, con il consenso dei membri, un equilibrio fra queste due esigenze.

Di conseguenza, l'uguale rappresentanza degli Stati all'interno delle organizzazioni subisce spesso rilevanti deroghe, a cominciare dal Consiglio di sicurezza dell'ONU, in cui l'esistenza di membri permanenti esprime una diseguaglianza in termini di potenza, originata in un preciso momento storico.

Si può riscontrare nella prassi delle organizzazioni un trend evolutivo che, dall'affermazione dell'uguaglianza formale («one State, one vote»), si sposta sull'accettazione di criteri che perseguono (o dovrebbero

[23] J. KOKOTT, *op. cit.*, § 44-47.

perseguire) un'uguaglianza sostanziale. Va d'altra parte osservato che molto spesso i metodi di ponderazione, che variano a seconda delle diverse organizzazioni internazionali, possono facilmente prestare il fianco a critiche, in quanto opinabili o basati su criteri che non sembrano equi[24].

A seconda della natura dell'organizzazione, i voti possono essere distribuiti fra i membri in base ad altre considerazioni[25]. Con il diffondersi delle organizzazioni internazionali settoriali, si sono infatti affermati sistemi di ponderazione dei voti degli Stati basati criteri diversi: si pensi ad esempio al Fondo Monetario Internazionale (FMI), in cui gli Stati pesano, come azionisti di una società di capitali, in base al contributo versato, o ad altre Organizzazioni internazionali in cui la rappresentanza è attribuita in base a criteri connessi con la specificità dell'organizzazione stessa[26].

b) Quanto al secondo criterio, in astratto, il principio di uguaglianza dovrebbe comportare che una maggioranza di Stati non possa imporre alcunché ad uno Stato contro il suo volere. Di conseguenza, nelle organizzazioni internazionali, il principio dovrebbe tradursi, almeno teoricamente, nella regola del voto all'unanimità. L'unanimità protegge gli Stati più piccoli, attribuendo loro, indipendentemente dalle loro dimensioni, un diritto di veto. Tuttavia la regola dell'unanimità paralizza il processo decisionale e, in ultima analisi, l'efficacia stessa dell'organizzazione internazionale. Si ha, di conseguenza, una contrapposizione fra uguaglianza ed efficienza, che può indurre gli Stati membri ad accettare limitazioni della prima per accrescere la seconda.

La stessa creazione dell'ONU fu preceduta da un dibattito sulle modalità di voto. Anche alla luce del fallimento della Società delle Nazioni, la cui capacità decisionale era stata paralizzata dal voto all'unanimità, Kelsen riteneva che il principio di uguaglianza non potesse impedire di creare regole di voto non unanimitarie[27]. Boutros-Ghali nel 1960 sottolineava che se la regola di voto all'unanimità giocava a favore degli Stati

[24] Per quel che riguarda le organizzazioni che governano l'economia mondiale v. le considerazioni di M. VELLANO, *op. cit.*, p. 153.

[25] Si veda B. O'NEILL, B. PELEG, *Reconciling power and equality in international organizations*, in *Jewish Political Studies Review*, 12, 2000, p. 67 ss.; H. MADELEINE, *Coalitions and Power: Effects of Qualified Majority Voting in the Council of the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, 1996, p. 255; S. ZAMORA, *Voting in International Economic Organizations*, in *American Journal of International Law*, 74, 1980, p. 566 ss.

[26] Per uno studio delle diverse deroghe alla regola «one State one vote» nelle organizzazioni internazionali v. B. BOUTROS-GHALI, *op. cit.*, p. 9 ss.

[27] *Op. cit*., p. 209.

più piccoli, il voto a maggioranza, quand'anche a maggioranza qualificata, avvantaggiava gli Stati più potenti, in grado di crearsi una "clientela"[28].

Nelle organizzazioni internazionali, soprattutto in quelle più tecniche e settoriali, per effetto dei trattati istitutivi liberamente sottoscritti dalle parti, si diffondono in maniera crescente, seppur con rilevanti eccezioni (prima fra tutte quella del Consiglio di sicurezza dell'ONU), regole di voto ispirate a criteri di efficienza, che tendono ad escludere il diritto di veto. Il superamento dei veti è poi facilitato dalle pratiche di *consensus* (si presume l'accordo salvo voto contrario esplicito) e del *consensus* negativo (si presume che non vi sia accordo), che consentono, il più delle volte, di aggirare la votazione stessa.

Emerge dunque che all'interno delle organizzazioni internazionali il principio di uguaglianza subisce diverse deroghe ed adattamenti, sia sotto il profilo del peso e della rappresentanza nelle istituzioni che sotto quello delle procedure di voto. In una comunità internazionale organizzata, in cui l'indipendenza degli Stati non viene più messa in discussione, il principio della parità formale fra gli Stati sembra perdere importanza.

Il principio di diritto consuetudinario, che nel diritto internazionale è strettamente connesso all'idea di sovranità, trova crescenti limitazioni, giustificate dal fatto che gli Stati decidono volontariamente di limitare la propria sovranità, partecipando ad organizzazioni internazionali che prevedono rappresentatività differenziate e rinuncia al diritto di veto. Si può ritenere che il motivo di tale accettazione risieda nel fatto che le organizzazioni, con le loro istituzioni e procedure, sembrano offrire ai piccoli Stati garanzie sufficienti ad accettare una rinuncia alla parità formale e al loro potere di veto[29].

Si potrebbe affermare che più gli Stati membri di un'organizzazione percepiscono la terzietà della stessa e la sua capacità di assicurare una gestione imparziale ed efficace degli interessi comuni, maggiori sono le rinunce che detti Stati sono disposti a compiere in termini di sovranità e

[28] B. BOUTROS-GHALI, *Le principe d'egalité des États et les organisations internationales*, in *RCADI*, 1960, vol. II, p. 56. Sul tema v. anche C. FOCARELLI, *Global Democracy Between Foreign Policy and International Law: a Deconstructing Legal Appraisal*, in *Studi in onore di G. Badiali*, Perugia, 2007 p. 151 ss.

[29] PREUSS, *op. cit*., ritiene che tale accettazione sia segno di una costituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico internazionale, mentre G. GORDON, *op. cit.*, considera che la limitazione di sovranità corrisponde ad un trasferimento di poteri alle «collective agencies».

correlativamente, di uguaglianza. Questa capacità costituisce in un certo senso anche la base della legittimazione del trasferimento di sovranità, e, ove la prima venisse meno, il fondamento del secondo diventerebbe meno solido e troverebbe più difficilmente giustificazione nelle costituzioni degli Stati. Del resto, la possibilità di recesso da un'organizzazione internazionale (possibilità che, a parte la previsione specifica, discende dalla clausola *rebus sic stantibus*) testimonia il fatto che il trasferimento di sovranità ad un'organizzazione internazionale non è irreversibile.

I.3. L'evoluzione del principio di uguaglianza fra gli Stati membri dell'UE: i "classici" test della rappresentanza nelle istituzioni e delle procedure decisionali

È opportuno a questo punto chiedersi come il principio di uguaglianza fra gli Stati membri si sia sviluppato in un sistema, l'Unione europea, che, da un'iniziale organizzazione internazionale, si va evolvendo in senso sovranazionale.

Riprendendo innanzitutto i due criteri che si sono sopra indicati per la valutazione del rispetto del principio di uguaglianza da parte di una organizzazione internazionale, si prenderanno in considerazione tanto le regole di voto quanto la rappresentanza degli Stati membri nelle istituzioni. Si tratta peraltro di due dimensioni strettamente collegate, la cui evoluzione ha proceduto di pari passo con le modifiche dei Trattati istitutivi e con gli allargamenti del numero degli Stati membri. Tuttavia, dato il carattere marcatamente sovranazionale del processo di integrazione europea, a queste due chiavi di lettura, come si vedrà nel paragrafo successivo, sarà necessario aggiungerne una terza.

Come è noto, il processo di integrazione europea è partito da un'organizzazione settoriale, la CECA composta da sei Stati, di cui, in termini di popolazione, tre grandi (Francia Italia, Germania), due medio-piccoli (Belgio e Olanda) ed un micro-stato (il Lussemburgo).

Quanto alla rappresentanza nelle istituzioni, l'Alta Autorità era formata da un numero di membri (9) superiore a quello degli Stati, scelti sulla base di criteri di competenza ed indipendenza. I Governi nominavano "di comune accordo" (o, ove questo non fosse raggiunto, a maggioranza di cinque sesti) otto membri e questi ultimi designavano il nono[30]. Il ricambio dei membri dell'Alta Autorità avveniva parzialmente ogni tre

[30] Art. 10 Trattato CECA.

anni, e l'ordine era dato per sorteggio. I giudici della Corte di giustizia erano sette, e l'ordine del loro parziale rinnovamento (3 e 4) era anch'esso deciso a sorte.

Quanto alle regole di voto, nel Consiglio (che era preceduto a rotazione trimestrale dagli Stati in ordine alfabetico) le decisioni venivano prese a maggioranza assoluta dei componenti ma era necessario che tale maggioranza includesse almeno uno degli Stati che assicurava il 20% della produzione di carbone e di acciaio della Comunità. Nell'Assemblea i seggi erano distribuiti secondo tre fasce: 18 ai tre Stati più grandi, 10 al Belgio e Olanda e 4 al Lussemburgo.

Il sistema CECA combinava dunque regole di parità formale con una considerazione del maggior peso specifico che alcuni Stati avevano in termini di produzione o di popolazione.

Il sistema istituzionale della Comunità economica europea, in parte ispirato a quello della CECA coniugava anch'esso la parità formale degli Stati membri con alcuni correttivi legati alle dimensioni degli stessi. Erano tuttavia presenti alcune differenze, dovute alla finalità generale della nuova Organizzazione, rispetto a quelle settoriali della Ceca.

Il sistema di voto in seno al Consiglio (all'epoca l'unico organo legislativo) era prevalentemente incentrato sull'unanimità, tranne rari casi in cui si decideva a maggioranza semplice o a maggioranza qualificata. Mentre per unanimità e maggioranza semplice valeva il principio «One State One vote», la maggioranza qualificata comportava una ponderazione che assegnava ad ogni Stato un certo numero di voti. Il sistema era basato su un compromesso fra l'esigenza che gli Stati con un maggior numero di cittadini fossero più rappresentati rispetto a quelli meno popolati, e quella di evitare che questi ultimi finissero sistematicamente tn minoranza. Pertanto fu assegnato ai primi un numero maggiore di voti, ma con un correttivo a favore degli Stati piccoli. Un criterio similare, di proporzionalità degressiva, fu utilizzato per la distribuzione dei seggi nel Parlamento europeo.

Va tuttavia tenuto presente che in origine la quasi totalità delle decisioni si adottava in seno al Consiglio e all'unanimità, con il Parlamento relegato ad un semplice ruolo consultivo, pertanto anche lo Stato più piccolo godeva di un potere di veto.

Quanto alla rappresentanza degli Stati nelle istituzioni, la Presidenza semestrale rotante del Consiglio, cui si aggiunse, dalla metà degli anni '70, quella del Consiglio europeo, sottolineava, plasticamente, la parità formale di tutti gli Stati membri, i quali esercitavano a turno la leadership politica. E se è vero che gli Stati più grandi nominavano una maggiore quantità di membri sia nella Commissione che nella Corte di giu-

stizia, le persone designate all'interno di tali istituzioni non rappresentavano il proprio Stato, ma, rispettivamente, l'interesse generale e la tutela del diritto comune.

Nel suo insieme, l'ordinamento comunitario era dunque congegnato in modo tale da perseguire un'uguaglianza sostanziale, ma anche un *favor* per gli Stati più piccoli. Senza questi correttivi, d'altro canto, sarebbe stato difficile, nell'Europa post-bellica, convincere i piccoli Stati del Benelux ad entrare in un progetto di integrazione con gli altri Paesi più gradi e soprattutto con la Germania.

Questo sistema istituzionale si è per lungo tempo tramandato attraverso le revisioni dei trattati, subendo, con i primi allargamenti, variazioni numeriche, che però non ne alteravano la filosofia. L'evoluzione dell'integrazione europea, a partire dall'Atto Unico europeo, ha però determinato sia l'estensione delle competenze europee che il passaggio di un crescente numero di aree dall' unanimità alla maggioranza qualificata, con la conseguente cancellazione del potere di veto. Anche il crescente coinvolgimento del Parlamento europeo nella legislazione dell'Unione europea, soprattutto con l'introduzione della procedura di co-decisione operata dal Trattato di Maastricht, ha contribuito ad accrescere, in termini assoluti, il peso relativo degli Stati più grandi.

A seguito della riunificazione delle sue due metà, la Germania (in particolare la Corte costituzionale tedesca[31]) ha cominciato a criticare l'attribuzione dei voti nel Consiglio e dei seggi nel Parlamento europeo, lamentando la sotto-rappresentazione dei cittadini dei Paesi più grandi rispetto a quelli più piccoli. Si è così innescato un dibattito sull'equità del sistema, che tradiva una crescente diffidenza verso la capacità dell'Unione di rappresentare equamente gli interessi di tutti gli Stati membri e dei loro popoli e che è divenuto ancora più acceso in vista del grande allargamento a dodici nuovi Stati membri.

A queste crescenti tensioni e diffidenze reciproche si cercò di porre rimedio, con il Trattato di Nizza, aumentando il numero dei Parlamentari tedeschi rispetto a quelli degli altri "grandi", ma sempre con un criterio di proporzionalità degressiva. La regola che i "grandi" Stati membri designassero due commissari è sopravvissuta sino al Trattato di Nizza; a seguito di quest'ultimo, ogni Stato membro designa un solo rappresen-

[31] Si veda il ragionamento fatto dalla Corte sul ruolo del Parlamento europeo nella sentenza sulla compatibilità del Trattato di Maastricht con la Legge fondamentale tedesca, *BVerfGE.*, 89, p. 155. Su cui si veda G.U. RESCIGNO, *Il Tribunale costituzionale federale tedesco e i nodi costituzionali del processo di unificazione europea*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1994, p. 3115 e ss.

tante. Anche per i giudici della Corte di giustizia e del Tribunale si applica la regola di un seggio per ogni Stato membro, mentre ciò non accade nel caso degli Avvocati generali e del Tribunale della funzione pubblica, e vi può essere una deroga anche per il numero di giudici nel Tribunale.

Con il Trattato di Nizza fu anche riaggiustata la ponderazione dei voti, aumentando il divario fra Stati gradi e Stati piccoli[32], e introdotto un nuovo calcolo della maggioranza qualificata in seno al Consiglio, che risultava formata in base ad una tripla soglia, relativa al numero di voti (almeno 260, dopo l'adesione della Croazia), al numero di Stati membri (maggioranza se l'atto era adottato su proposta della Commissione, altrimenti 2/3), e popolazione (62%). Va infine ricordato che nella BEI, ed oggi anche nel Trattato sul Meccanismo di Stabilità, l'attribuzione dei voti segue regole legate al contributo economico di ciascuno Stato, simili a quelle delle istituzioni finanziarie internazionali.

In realtà i conflitti sulla rappresentanza e sulle regole di voto sembrano riguardare molto più una questione di status e posizionamento reciproco che non il timore di essere messi in minoranza. Com'è stato rilevato[33], solo raramente il Consiglio ricorre al voto, normalmente agendo per *consensus*, e la maggior parte delle votazioni, anche nei settori dove la base giuridica consente la maggioranza qualificata, avvengono all'unanimità.

Questo non significa tuttavia che il progressivo abbandono da parte dei Trattati istitutivi, della regola dell'unanimità a favore di quella della maggioranza qualificata sia stato privo di effetti: l'impossibilità di apporre un veto spinge gli Stati ad entrare nel negoziato e a trovare una soluzione che possa ottenere un generale consenso. Il voto segna dunque non la regola, ma piuttosto un momento di crisi, in cui il meccanismo consensuale (che cerca di evitare di minorizzare gli Stati) non funziona[34].

La prassi del *consensus* cerca dunque di contemperare l'efficienza di un voto non unanimitario con la ricerca di correttivi che tutelino l'uguaglianza.

Il Trattato di Lisbona ha previsto una riforma di tale sistema, che si

[32] Va peraltro rilevato che nel calcolo si tiene conto non dei cittadini ma dei residenti.

[33] N. VEROLA, *"Doppie maggioranze" e "ponderazioni"*, in *Italiani Europei*, 3/2004.

[34] Sul tema v. J.P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Parigi, 2010, p. 334-335.

applica a partire dal 1 novembre 2014[35], secondo cui la maggioranza qualificata (che diviene parte della procedura legislativa ordinaria, dunque la procedura più usata) sarà calcolata con il criterio della c.d. "doppia maggioranza". Abbandonandosi per la prima volta la ponderazione,[36] la maggioranza qualificata si forma con il 55% degli Stati membri dell'Unione – con un minimo di 15 – che rappresentino almeno il 65% della popolazione(se la delibera non si basa su una proposta della Commissione, la soglia minima passa dal 55% al 72%). A tutela degli Stati più piccoli, la minoranza di blocco deve raggruppare almeno 4 Stati, altrimenti l'atto si considererà comunque adottato. Inoltre, sino al 31 marzo 2017 un membro del Consiglio può chiedere che le deliberazioni a maggioranza qualificata del Consiglio si svolgano secondo il sistema di voto ponderato previsto dal Trattato di Nizza.

Si noti che con il Trattato di Lisbona per la prima volta, le regole sulle maggioranze si applicheranno anche al Consiglio europeo, seppure limitatamente ai (pochi) casi in cui il Trattato prevede che esso assuma decisioni vincolanti senza indicare diverse regole di voto. Con l'introduzione della procedura legislativa ordinaria, si è ridotto il numero delle basi giuridiche che impongono l'unanimità e dunque implicano un diritto di veto. L'unanimità è tuttavia ancora la regola in settori cruciali fra cui l'integrazione, della politica fiscale e la PESC. Le maggioranze nel Consiglio europeo dovranno comunque rispettare e soglie più alte quando non delibera su proposta della Commissione

La prassi delle decisioni in seno al Consiglio rimane comunque fortemente consensuale e consociativa, e il voto continua ad essere un'eccezione rispetto alla pratica del *consensus*. Le garanzie a favore delle minoranze sono poi rafforzate dal persistere di regole simili al c.d. "compromesso di Ioannina"[37] e dalla presenza di numerosi "freni di

[35] Art. 16.4, 16.5, 16.6 TUE: «4. A decorrere dal 1 novembre 2014, per maggioranza qualificata si intende almeno il 55 % dei membri del Consiglio, con un minimo di quindici, rappresentanti Stati membri che totalizzino almeno il 65 % della popolazione dell'Unione. La minoranza di blocco deve comprendere almeno quattro membri del Consiglio; in caso contrario la maggioranza qualificata si considera raggiunta. Le altre modalità che disciplinano il voto a maggioranza qualificata sono stabilite all'articolo 238, paragrafo 2 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. 5. Le disposizioni transitorie relative alla definizione della maggioranza qualificata applicabili fino al 31 ottobre 2014 e quelle applicabili tra il 1 novembre 2014 e il 31 marzo 2017 sono stabilite dal protocollo sulle disposizioni transitorie. 6. Il Consiglio si riunisce in varie formazioni, il cui elenco è adottato conformemente all'articolo 236 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea».

[36] V. art 16 TUE e art 238 TFUE e Protocollo n. 36.

[37] V. Dichiarazione n. 7 e Decisione del Consiglio /2009/857 CE, in *GUUE* L

emergenza"[38], meccanismi in cui uno Stato può chiedere, rispettivamente al Consiglio o al Consiglio europeo, di riesaminare la decisione presa a maggioranza qualificata per tenere conto il più possibile delle esigenze manifestate dalle minoranze.

L'esperienza mostra, d'altro canto, che, nella maggioranza dei casi, fronti contrapposti, alleanze e coalizioni si formano non fra Stati grandi e Stati piccoli e nemmeno fra "vecchi" e "nuovi" membri, quanto piuttosto sulla base di interessi economici o strategici che possono variare a seconda dei settori. Com'è stato rilevato[39], nell'Unione europea il "peso nominale" di uno Stato membro può essere molto diverso dal suo "peso reale". Quest'ultimo è infatti determinato da una serie di fattori che prescindono dalle dimensioni dello Stato stesso: accesso alle informazioni, capacità di elaborare e giustificare le posizioni nazionali, abilità negoziale, capacità di costruire alleanze, credibilità presso le istituzioni europee. Il peso nominale può comunque influenzare il "potere di coalizione", per raggiungere le maggioranze o le minoranze di blocco previste in caso di votazione.

I test delle procedure di voto e della rappresentanza rivelano dunque una preoccupazione di conciliare le regole di uguaglianza formale, temperandole in base a considerazioni di uguaglianza sostanziale, tenendo conto del peso degli Stati più grandi ma cercando di evitare di minorizzare gli Stati più piccoli. Per quel che riguarda questi due test si può dunque concludere che il sistema di voto e di rappresentanza dell'Unione europea, nel suo complesso, cerca di contemperare l'uguaglianza degli Stati con l'uguaglianza dei popoli.

314/2009 p. 73. Tra il 1° novembre 2014 e il 31 marzo 2017, se un numero di membri del Consiglio che rappresenti almeno il 75% della popolazione, o almeno il 75% del numero degli Stati membri necessari per costituire una minoranza di blocco, manifesta l'intenzione di opporsi all'adozione da parte del Consiglio di un atto a maggioranza qualificata, il Consiglio discute la questione. Durante le discussioni, il Consiglio fa tutto il possibile per raggiungere, entro un tempo ragionevole e senza pregiudicare i limiti di tempo obbligatori stabiliti dal diritto dell'Unione, una soluzione soddisfacente che tenga conto delle preoccupazioni manifestate dai membri del Consiglio. Le stesse disposizioni si applicano in modo permanente, a decorrere dal 1º aprile 2017, se un numero di membri del Consiglio che rappresenti almeno il 55% della popolazione, o almeno il 55% del numero degli Stati membri, necessari per costituire una minoranza di blocco manifesta l'intenzione di opporsi all'adozione nel Consiglio di un atto a maggioranza qualificata. Sul tema v. J.P. JACQUÉ, *op. cit.*, p. 344.

[38] V. art. 48, 82 e 83 TFUE.

[39] Sul punto v. N. VEROLA, *op. cit.*

I.4. Necessità di un terzo test: ruolo delle "istituzioni di garanzia" e capacità di assicurare l'interesse generale

Come si è visto, gli Stati, aderendo a un'organizzazione internazionale, possono decidere di sacrificare la loro sovranità, e correlativamente la loro uguaglianza, rinunciando al potere di veto su decisioni che li riguardano. Tale rinuncia è tanto più giustificata quanto più l'organizzazione è in grado di garantire l'interesse comune.

Quella stessa tensione fra uguaglianza formale e democrazia che abbiamo visto ricorrere nel diritto internazionale si ripropone dunque a maggior ragione nell'Unione europea, un progetto che mira a creare "un'unione sempre più stretta fra i popoli"[40].

In questo senso la Comunità prima, e l'Unione europea poi, in quanto enti sovranazionali che comportano per gli Sati membri un sacrificio di sovranità assai maggiore rispetto all'appartenenza alle tradizionali organizzazioni internazionali, sono state concepite con un apparato istituzionale in grado di fornire garanzie di terzietà ed imparzialità. Questo è particolarmente necessario in un ordinamento come quello dell'Unione europea, le cui norme sono approvate molto spesso a maggioranza e sono dotate di primato sul diritto degli Stati membri e di effetti diretti negli ordinamenti di questi ultimi. A differenza di quanto avviene in altre organizzazioni internazionali (come ad esempio l'OMC), l'Unione europea non è guidata dai suoi Stati membri, ma da istituzioni sovranazionali[41]

Per verificare l'effettivo rispetto del principio di uguaglianza fra Stati nell'Unione europea dovrebbe dunque essere applicato un terzo test, che misura la capacità delle istituzioni sovranazionali di promuovere l'interesse generale dell'Unione europea e di far rispettare le regole allo stesso modo. Dunque un ordinamento garantisce l'uguaglianza solo se assicura l'uguale rispetto della legge.

Come si desume dall'art. 4.2 TUE, che introduce per l'appunto il concetto di uguaglianza degli Stati davanti ai Trattati, il principio di uguaglianza fra gli Stati è innanzitutto uguaglianza di fronte alla legge. Occorre perciò chiedersi se il sistema istituzionale dell'Unione sia in grado di far rispettare effettivamente questo principio.

Sin dagli inizi del processo di integrazione europea, il disegno istituzionale dell'Unione europea, e ancora prima quello comunitario, sono

[40] V il preambolo e art.1 TUE, il preambolo TFUE e il preambolo della Carta dei diritti fondamentali.

[41] A. ANSONG, *The Operation of the Concept of Sovereign Equality of States in International Law*, in http://works.bepress.com/alex_ansong/2/.

stati caratterizzati dalla presenza di quelle che potremmo definire "istituzioni di garanzia", in grado di far rispettare le regole allo stesso modo a tutti gli Stati. E proprio l'esistenza di una Corte di giustizia forte ed autonoma e di una Commissione autorevole ed indipendente assicuravano una garanzia del principio di uguaglianza a favore degli Stati più piccoli.

Occorre chiedersi se le istituzioni sopra citate siano tuttora in grado di esercitare la funzione di garanzia degli Stati piccoli o politicamente meno rilevanti. Quanto alla Corte di giustizia, non vi sono ragioni per affermare che essa non assolva puntualmente questo compito. La Corte mostra di perseguire l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, pur tenendo conto, ove necessario, delle specificità di ciascuno Stato membro, senza piegarsi a logiche di favore verso gli Stati più potenti[42].

È invece opportuno riflettere sul ruolo effettivo della Commissione, che, come precisa l'art. 17 TUE, è l'istituzione che deve "promuovere l'interesse generale" dell'Unione europea. Secondo i Trattati, essa gioca un ruolo fondamentale: vigila sull'applicazione dei Trattati e promuove i giudizi di infrazione contro gli Stati che non rispettano le regole. Anche nella fase propositiva della legislazione dell'Unione europea, la Commissione, se ritiene che il Consiglio abbia modificato la sua proposta minorizzando ingiustamente uno Stato, può imporre al Consiglio la votazione all'unanimità, restituendo dunque a questo Stato un diritto di veto.

Occorre però rilevare che la posizione della Commissione è mutata nel tempo. Se si confronta il ruolo che tale istituzione ha svolto negli ultimi anni con quello che giocava agli inizi dell'integrazione europea, possiamo riscontrare una progressiva perdita di influenza, autorevolezza ed autonomia[43]. Questo deriva da due fattori: da un lato quella che potremmo definire la "governamentalizzazione" dei Commissari, e dall'altro il progressivo spostamento del sistema europeo dal metodo comunitario al metodo intergovernativo.

Quanto al primo fattore, proprio con la Commissione presieduta da Barroso si è visto che l'attribuzione di un Commissario per ogni Stato membro sancita dal Trattato di Nizza, che derivava dall'esigenza di dividere i portafogli fra un numero crescente di Stati membri, ha provocato una conseguenza politica inattesa: la Commissione ha cominciato ad essere caratterizzata da dinamiche intergovernative, in cui i singoli com-

[42] V. p.e. Corte giust. dell'11 febbraio 2000, causa C-285/98, *Kreil*, in *Racc*. 2000, I-69. Corte giust. del 16 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, non pubblicata.

[43] Sul tema v. L.S. ROSSI, *A New Revision of the EU Treaties after Lisbon?*, in L.S. ROSSI, F. CASOLARI (eds.), *The EU After Lisbon: Amending or coping with the Existing Treaties?*, Heidelberg, 2014, p. 5.

missari finivano per comportarsi come rappresentanti del proprio Stato[44]. Dunque in questo caso la pari rappresentanza degli Stati ha prodotto effetti più negativi che positivi.

La riduzione del numero dei Commissari in misura inferiore al numero degli Stati, che avrebbe contribuito a ristabilire l'indipendenza dei primi dai secondi, era stata prevista in un protocollo dallo stesso Trattato di Nizza[45], a partire dall'entrata del ventisettesimo membro dell'Unione europea. Il Trattato di Lisbona ha però ulteriormente rinviato tale momento[46], prevedendo (art. 17,5 TUE) un numero dei Commissari pari ai due terzi del numero degli Stati membri, secondo un sistema di «rotazione assolutamente paritaria tra gli Stati membri che consente di riflettere la molteplicità demografica e geografica degli Stati membri»[47]. Tale innovazione (secondo quanto consentito dall'art 17 TUE) è stata vanificata da una Decisione, adottata dal Consiglio europeo all'unanimità, che ha stabilito che anche dopo quella data la Commissione continui a comprendere un Commissario per ogni Stato membro[48]. Risulta dunque chiara la volontà dei Governi di mantenere nella Commissione, forse anche per ragioni di prestigio nazionale, una rappresentanza paritetica secondo un vincolo di rappresentanza nazionale che sarebbe di per sé estraneo alla funzione di organo di garanzia della Commissione stessa.

Il secondo fattore è legato alla progressiva perdita di centralità della Commissione nel sistema istituzionale europeo, che deriva dal crescente ruolo politico del Consiglio europeo, che con il Trattato di Lisbona è diventato a tutti gli effetti un'istituzione ed ha acquisito un Presidente permanente. I vertici del Consiglio europeo si sono intensificati e sono diventati il vero motore dell'Unione europea, assorbendo di fatto anche

[44] Sul punto v. l'autorevole colonna dell'*Economist*, *Charlemagne*, che il 13 Marzo 2010 poco dopo la prima elezione del presidente Barroso lo definiva «an intergovernmentalist in charge of the federalist bit of the machine». http://www.economist.com/blogs/charlemagne/2010/03/herman_van_rompuy_pragmatist.

[45] Il protocollo sull'allargamento dell'UE, allegato al Trattato di Nizza, prevedeva che quando i membri dell'Unione europea sarebbero diventati 27, vi sarebbe stato un Commissario per ogni Stato membro.

[46] Art 17.4 TUE.

[47] Secondo l'art 244 TFUE a) gli Stati membri sono trattati su un piano di assoluta parità per quanto concerne la determinazione dell'avvicendamento e del periodo di permanenza dei loro cittadini in seno alla Commissione; pertanto lo scarto tra il numero totale dei mandati detenuti da cittadini di due Stati membri non può mai essere superiore a uno; b) fatta salva la lettera a), ciascuna delle Commissioni successive è costituita in modo da riflettere in maniera soddisfacente la molteplicità demografica e geografica degli Stati membri.

[48] Decisione 2013/272 UE, in *GUUE* L 165 p. 98.

le funzioni del Consiglio Affari Generali. L'abolizione delle presidenze semestrali, sostituite dal Presidente eletto a maggioranza qualificata fanno si che, nonostante l'apparente egualitarismo delle "foto ricordo", oggi nella presa delle decisioni più rilevanti, dietro le porte chiuse dei vertici, gli Stati più piccoli e quelli con minor capacità di coalizione contano meno. Del resto già in seno alla Convenzione che portò all'adozione del Trattato costituzionale si era formato un fronte di piccoli Stati contrari all'abolizione della presidenza di turno del Consiglio europeo[49]. Nemmeno il Parlamento europeo, nonostante il Trattato di Lisbona abbia accresciuto i suoi poteri, riesce a bilanciare il ruolo ormai predominante del Consiglio europeo. Le due istituzioni stanno giocando, ormai da tempo, una battaglia per il controllo della Commissione, che da soggetto politico-istituzionale indipendente diventa sempre più oggetto di uno scontro di poteri. La Commissione Barroso, in entrambi i suoi mandati, ha mostrato, proprio a cominciare dal suo Presidente, un'evidente mancanza di iniziativa autonoma rispetto ai Governi.

Il Trattato di Lisbona ha formalmente sancito quello che ormai era un dato affermatosi nella prassi, vale a dire il ruolo preponderante del Consiglio europeo nel definire le priorità dell'Unione europea. Ma può un'istituzione che rappresenta i Governi individuare l'interesse generale? Può garantire l'uguaglianza degli Stati membri un'istituzione in cui si cercano compromessi attraverso negoziati ufficiosi, quando in tali negoziati il peso degli Stati membri è assai diverso? Nelle istituzioni intergovernative si fanno valere influenza politica, potere di coalizione ed altri *informalleverages*, che sono anche *unequalleverage*, a favore degli Stati più potenti.

Di fronte al ruolo sempre più preponderante del Consiglio europeo, la Commissione, ridotta quasi ad un segretariato dello stesso, fatica ad assicurare quelle funzioni di terzietà *super partes*, di capacità di perseguire l'interesse generale e di garanzia del rispetto dell'uguaglianza degli Stati membri di fronte alla legge, che hanno un'importanza fondamentale per consentire agli Stati meno potenti di rinunciare fiduciosamente a parti sempre più crescenti della loro sovranità.

Nella debolezza ed irresolutezza delle istituzioni comuni, emergono le leadership, talvolta anche confliggenti, degli Stati più potenti, lascian-

[49] Sul tema v. P. MAGNETTE, K. NIKOLAIDIS, *Coping with the Lilliput Syndrome: Large vs Small Member States in the European Convention*, in *European Public Law,* 2005, 1, p. 83 ss. e K. NIKOLAIDIS, S. BUNSE, P. MAGNETTE, *Big versus Small: Shared Leadership and Power Politics in the Convention,* in C. MAZZUCELLI, D. BEACH (eds.), *Leadership in the Big Bangs of European Integration*, Londra, 2007.

do agli altri Stati solo la possibilità di scegliere con quale dei "grandi" schierarsi.

Per far rispettare l'uguaglianza e giustificare i sacrifici di sovranità occorre dunque riequilibrare il sistema, rafforzando la Commissione, preservando la forza e l'indipendenza dell'altra istituzione di garanzia dell'Unione europea, vale a dire la Corte di giustizia.

Ciò premesso, occorre riconoscere che la Commissione Junker sembra, almeno dai suoi primi passi, destinata a rafforzarsi. In primo luogo, il Presidente della Commissione gode ora di una rafforzata legittimazione, in quanto la sua scelta è stata collegata alle elezioni del Parlamento europeo[50]. Ciò è importante, non solo per l'evidente esigenza di dare seguito ad un'attesa da parte dei cittadini dell'UE di poter contare nella definizione della carica di chi guida un'istituzione così importante. Vi è infatti un'altra ragione altrettanto importante: solo un Presidente eletto con un'investitura – seppure indirettamente – democratica e a seguito di una scelta di cui non debba "ringraziare" alcuni Governi (e si tratta solitamente di Governi "forti") potrà guidare con autonomia la Commissione e ricondurre al metodo comunitario il funzionamento dell'Unione europea. E solo un rafforzamento della Commissione e del suo asse con il Parlamento potrà controbilanciare la deriva intergovernativa del sistema.

In secondo luogo, particolarmente importante sembra anche la decisione del nuovo Presidente Junker di organizzare la Commissione in maniera più gerarchica e "piramidale" attribuendo ruoli cruciali di "supercommissari" a commissari provenienti da Stati piccoli, e raggruppando

[50] L'interpretazione data dal Parlamento europeo ha prevalso nonostante la non univocità del Trattato di Lisbona su questo punto. Secondo l'art. 17 TUE «Tenuto conto delle elezioni del Parlamento europeo e dopo aver effettuato le consultazioni appropriate, il Consiglio europeo, deliberando a maggioranza qualificata, propone al Parlamento europeo un candidato alla carica di presidente della Commissione. Tale candidato è eletto dal Parlamento europeo a maggioranza dei membri che lo compongono. Se il candidato non ottiene la maggioranza, il Consiglio europeo, deliberando a maggioranza qualificata, propone entro un mese un nuovo candidato, che è eletto dal Parlamento europeo secondo la stessa procedura». V. anche la Dichiarazione n. 11 relativa all'articolo 17, paragrafi 6 e 7 del TUE, «La conferenza ritiene che, conformemente alle disposizioni dei trattati, il Parlamento europeo e il Consiglio europeo siano congiuntamente responsabili del buono svolgimento del processo che porta all'elezione del presidente della Commissione europea. Pertanto, rappresentanti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo procederanno, preliminarmente alla decisione del Consiglio europeo, alle consultazioni necessarie nel quadro ritenuto più appropriato. Conformemente all'articolo 17, paragrafo 7, primo comma tali consultazioni riguarderanno il profilo dei candidati alla carica di presidente della Commissione, tenendo conto delle elezioni del Parlamento europeo. Le modalità di tali consultazioni potranno essere precisate, a tempo debito, di comune accordo tra il Parlamento europeo e il Consiglio europeo».

gli altri in *clusters*, perché questo aumenterà la collegialità del lavoro, diminuendo le "lottizzazioni" degli incarichi.

SEZIONE II
IL RAPPORTO FRA IL PRINCIPIO DI UGUAGLIANZA DEGLI STATI MEMBRI ED ALTRI PRINCIPI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA

II.1. Uguaglianza e uniforme applicazione: i limiti all'integrazione differenziata

Occorre innanzitutto chiedersi come principio di uguaglianza degli Stati membri dell'Unione europea si possa conciliare con l'idea stessa di integrazione differenziata[51] e si vi sia, dal punto di vista giuridico, una relazione fra questi concetti. Esamineremo dunque brevemente le diverse possibili forme di integrazione differenziata fra gli Stati membri dell'Unione europea, per capire quanto esse siano rispettose del principio di uguaglianza fra gli Stati membri.

Così come nel diritto internazionale vi è la possibilità che gli Stati accettino volontariamente[52] situazioni diseguali, anche nel sistema dell'Unione europea vi sono forme di integrazione differenziate previste direttamente dai Trattati in casi specifici. Il Trattato Maastricht, ad esempio, ha previsto che l'ingresso nell'Unione economica e monetaria fosse possibile solo per gli Stati che rispettassero certi parametri. Posizioni differenziate per alcuni Stati membri dell'Unione europea possono poi, con il consenso di tutti gli altri, essere stabilite da protocolli aggiuntivi ai

[51] Sul tema v. per tutti A. CANNONE, *Le cooperazioni rafforzate. Contributo allo studio dell'integrazione differenziata*, Bari, 2005; L.S. ROSSI, *Intégration différenciée et Elargissement de l'UE (Instruments et Perspectives),* in G. AMATO, H. BRIBOSIA, B. DE WITTE (eds.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne*, Bruxelles, 2007 p. 1219 ss.; G. ROSSOLILLO, *Cooperazione rafforzata e Unione economica e monetaria: modelli di flessibilità a confronto*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 325 ss.

[52] Tale possibilità sarebbe però esclusa se l'accordo che introduce le limitazioni al principio di uguaglianza presentasse uno dei vizi invalidanti previsti dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (errore, dolo, violenza, violazione di norme cogenti, violazione di norme interne fondamentali sulla competenza a stipulare).

Trattati istitutivi, come è avvenuto nelle varie revisioni dei Trattati[53]. In questi casi il Protocollo ritaglia una posizione specifica e differenziata, normalmente di esclusione da alcuni obblighi previsti dal Trattato, a favore degli Stati richiedenti. Lo strumento del Protocollo permette di aggirare il fatto che i Trattati comunitari non ammettono riserve. Tuttavia sia il Trattato che – ancor di più – i Protocolli sono oggetto della giurisprudenza interpretativa della Corte di giustizia, la quale cerca di fornire una lettura coerente ed omogenea con gli obbiettivi fondamentali del Trattato (si veda ad esempio la giurisprudenza che ha ridimensionato il valore del Protocollo n 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito)[54].

A parte la modifica dei Trattati istitutivi, l'ordinamento dell'UE, in quanto processo di integrazione i cui tempi e modi non sempre sono condivisi da tutti gli Stati membri, conosce altre forme di integrazione differenziata.

Innanzitutto alcuni Stati possono ricorrere agli strumenti classici del diritto internazionale[55], concludendo accordi fra loro. Questo è avvenuto ad esempio con gli Accordi di Schengen e di Prüm che prevedevano un quadro istituzionale e modalità di funzionamento del tutto svincolati dal controllo delle istituzioni comunitarie. Un'integrazione di questo tipo non è vietata dal diritto dell'Unione europea, costituisce la testimonianza

[53] Esempi in tal senso sono il Protocollo sulla politica sociale, allegato al Trattato di Maastricht, in cui si sanciva l'*opting out* del Regno Unito da tale materia o i Protocolli relativi al Regno Unito, all'Irlanda e alla Danimarca, allegati al Trattato di Amsterdam, che prevedevano, relativamente alle materie del titolo IV CE, uno *status*, rispettivamente, di *opting* in per i primi due Stati e di *opting out* per il terzo. Tali posizioni sullo spazio di libertà sicurezza e giustizia sono oggi riprese in Protocolli allegati al Trattato di Lisbona. Non può invece definirsi un vero *opting out* – e forse nemmeno una forma di integrazione differenziata – il Protocollo n. 30 annesso al Trattato di Lisbona sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali alla Polonia e al Regno Unito, il quale si limita ad enunciare la non sindacabilità ad opera dei giudici di norme dei due Stati alla luce delle disposizioni della Carta, ma d'altro canto ribadisce che detti Stati rimangono pienamente soggetti agli obblighi dei Trattati, ivi compreso dunque il rispetto dei diritti fondamentali.

[54] Corte giust. del 22 dicembre 2011, causa C-411/10, N.S., in *Racc*. 2011, p. I-13905 e Corte giust. del 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Akerberg Fransson,* non pubblicata.

[55] La Corte, nella sentenza del 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 e C-415/05, *Kadi e Al Barakaat International Foundation*, in *Racc*. 2008, p. I-6351, par. 281-285 ha affermato che gli obblighi imposti all'Unione europea dal diritto internazionale non possono compromettere i principi fondamentali dell'Unione europea. La Corte ha anche sottolineato l'autonomia dell'ordinamento dell'Unione europea e il fatto che l'allocazione dei poteri interna allo stesso non può essere alterata da un accordo internazionale.

di una sconfitta di quest'ultimo, anche se può – come è appunto accaduto per gli Accordi di *Schengen* – essere poi incorporata nel diritto dell'Unione europea. Per tale ragione si è cercato di ricondurre tali forme di integrazione esterna nell'alveo del diritto dell'Unione europea, come è avvenuto per gli Accordi di Schengen. I più recenti Trattati del *Fiscal Compact*[56] e dell'*European Stability Mechanism* costituiscono infatti un tentativo di un'integrazione differenziata ancora formalmente esterna al sistema giuridico dell'Unione europea, ma almeno nel caso del *Fiscal Compact*, si è cercato un coordinamento con le istituzioni e le regole dell'Unione europea[57]. Ciononostante, la conclusione di accordi esterni al sistema costituisce un vulnus per il principio di uguaglianza, perché non offre alcuna garanzia di trasparenza e di apertura agli altri Stati.

A partire dal Trattato di Amsterdam, si è cercato di predisporre una forma "politicamente corretta" di integrazione differenziata, prevedendo l'istituto della cooperazione rafforzata[58]. Tale strumento deve essere rivolto ''a promuovere la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, a proteggere i suoi interessi e a rafforzare il suo processo di integrazione'. Ricorrendo ad esso, alcuni Stati membri dell'Unione europea utilizzano il

[56] Si noti che la necessità di ricorrere ad un trattato "esterno" al sistema Unione europea è stata determinata dal rifiuto inglese di modificare il Trattato Unione europea. Sul tema v. L.S. ROSSI, *"Fiscal Compact" e Trattato sul Meccanismo di Stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE*, in *Il diritto dell'Unione Europea,* 2012, p. 293-309.

[57] In base al principio di leale cooperazione, è espressamente previsto che che il contenuto di questi accordi non possa mettere in discussione l'efficacia del diritto UE (v. art. 2 Fiscal Compact). Sul tema v. F. CASOLARI, *EU Loyalty after Lisbon: an expectation gap to be filled?*, in L.S. ROSSI, F. CASOLARI (eds.), *op. cit.,* pp. 127-128, che sostiene che tali accordi abbiano comunque consentito di dare vita a forme di solidarietà *extra ordinem* tra Stati membri di fronte all'*impasse* determinatasi sul versante interno (in questo senso anche il contributo v. anche A. MC DONNELL, *Solidarity, Flexibility and the Euro Crisis: where do Principles fit in?, ibidem*, p. 85 ss.

[58] Essa è stata sin qui utilizzata per adottare il regolamento sulla legge applicabile al divorzio (reg. (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, in *GUUE* L 343, p. 10), e, più recentemente, una proposta di direttiva sulla tassa sulle transazioni finanziarie (v. proposta di decisione del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore dell'imposta sulle transazioni finanziarie, COM(2012) 631 def.). Un ulteriore esempio di cooperazione rafforzata è rappresentato dalla decisione 2011/167/UE del Consiglio, del 10 marzo 2011, (in GUUE L 76, p. 53) che ha autorizzato la proposta di un regolamento sul brevetto europeo e che è poi stata oggetto di impugnazione davanti alla Corte di giustizia da parte dell'Italia e della Spagna per la questione del trilinguismo (v. la sentenza del 16.4.2103 in cause riunite C-274/11 e C-295/11, *Spagna e Italia c. Consiglio* che ha respinto i ricorsi).

quadro istituzionale e procedurale dell'Unione o della Comunità per promuovere fra loro una più stretta integrazione. Tale forma di integrazione differenziata è sottoposta a precise condizioni, come *extrema ratio* nel caso in cui non sia possibile adottare un atto fra tutti gli Stati membri, e deve essere autorizzata dalle istituzioni dell'Unione europea. Inoltre essa è improntata a principi di apertura e di trasparenza In base al primo principio, (art. 328 TFUE) tutti gli Stati membri possono sia nella fase iniziale che successivamente, decidere di aderire agli atti adottati in cooperazione rafforzata. Pertanto, diversamente da quanto può avvenire per altre forme di integrazione differenziata, gli Stati partecipanti non hanno alcun poter discrezionale di precludere, o sottoporre, a condizioni la partecipazione di altri. In base al secondo principio (art. 330 TFUE), pur essendo il voto riservato ai partecipanti, gli altri Stati membri assistono ugualmente[59], alle deliberazioni, in modo da facilitare il successivo inserimento di detti Stati qualora essi successivamente decidano di aderire alla cooperazione rafforzata.

L'istituto della cooperazione rafforzata è dunque la modalità di integrazione differenziata più rispettosa del principio di uguaglianza fra gli Stati membri dell'Unione europea. Il Trattato di Lisbona[60] ha cercato di incoraggiare l'uso di questa modalità di integrazione differenziata, semplificandone la procedura e ed estendendola anche alla PESC. Inoltre, in talune materie dello spazio di libertà sicurezza e giustizia il ricorso alla cooperazione rafforzata è stato previsto come una sorta di automatismo, in connessione con la procedura del freno di emergenza (artt. 82 e 83 TFUE), o come correttivo alla regola del voto all'unanimità (artt. 86 e 87 TFUE).

Va tuttavia precisato che il Trattato configura il ricorso alla cooperazione rafforzata non come un obbligo, ma come una facoltà, per gli Stati membri. Questi, in altre parole, rimangono liberi di scegliere di ricorrere all'istituto in esame oppure agli altri strumenti *extra ordinem* del diritto internazionale. Lo strumento delle convenzioni internazionali, non essendo corredato dai vincoli previsti per la cooperazione rafforzata, può d'altra parte risultare di utilizzazione assai più semplice.

[59] Va peraltro osservato che il Parlamento europeo, chiamato ad intervenire nell'adozione dei singoli atti di attuazione della cooperazione rafforzata, delibererà con la presenza dei parlamentari eletti anche negli Stati *out*.

[60] I principi generali sono contenuti nell'art. 20 TUE mentre la disciplina degli aspetti più specifici della materia è rimandata agli artt. 326-334 TFUE. Per un comento a queste disposizioni si rinvia a L.S. ROSSI, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea, Commentario* Milano, 2014.

Un possibile rimedio è individuabile nel limite generale costituito dal principio di leale cooperazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE. Qualora l'azione concertata sul piano internazionale fra alcuni Stati membri aggiri i limiti fissati dal Trattato per la cooperazione rafforzata, si avrebbe una violazione dei principi di leale cooperazione ed uguaglianza, con la possibilità di un ricorso in infrazione contro gli Stati partecipanti[61].

Si può dunque sostenere che l'azione combinata di tali principio imponga agli Stati di cercare, ove non sia possibile adottare un atto con le procedure ordinarie e fra tutti gli Stati membri, di perseguire l'integrazione differenziata ricorrendo innanzitutto al procedimento della cooperazione rafforzata. Se si accoglie una simile interpretazione, solo nei casi in cui ciò non sia possibile (e sempre che non si tratti di settori di competenza esclusiva dell'Unione europea), gli Stati membri potrebbero decidere di ricorrere agli strumenti del diritto internazionale per realizzare una integrazione differenziata nelle materie di competenza dell'UE.

Ciò sembra confermato, seppure indirettamente, dalla sentenza *Pringle*[62]. La Corte ha evidenziato, a proposito della conclusione fra alcuni Stati membri del Trattato sull'*European Stability Mechanism*, che, tenuto conto che le disposizioni dei trattati su cui si fonda l'Unione non conferiscono a quest'ultima una competenza specifica per istituire un meccanismo permanente di stabilità e dato che una cooperazione rafforzata può essere instaurata solo qualora l'Unione stessa sia competente ad agire nel settore oggetto, l'art. 20 TUE non osta alla conclusione tra gli Stati membri la cui moneta è l'euro di un accordo come il Trattato MES, né alla sua ratifica da parte di questi ultimi.

Anche alla luce di detta sentenza, si può dunque configurare una sequenza gerarchica di intervento: dapprima occorre tentare la via del procedimento normativo ordinario previsto dai Trattati; in caso di insuccesso si può passare alla cooperazione rafforzata; solo ove anche quest'ultima fallisca sarà consentito il ricorso a procedure *extra ordinem*, con gli strumenti del diritto internazionale.

Il principio di uguaglianza fra gli Stati membri dell'Unione europea impone dunque non solo un *fair play*, ma anche un sistema di limiti e controlli nella creazione di situazioni diseguali come conseguenza del desiderio di alcuni Stati di fare passi avanti nel processo di integrazione

[61] Corte giust. del 9 dicembre 1997, causa C-265/95, *Commissione c. Francia*, in *Racc*. 1997, p. I-06956.

[62] Corte giust. del 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Thomas Pringle contro Governement of Ireland, Ireland e The Attorney General*, non pubblicata.

senza gli altri. Tale sistema è assistito dal controllo giurisdizionale della Corte di giustizia.

II.2. Il concetto di uguaglianza fra Stati membri dell'Unione europea: dalla giurisprudenza della Corte all'inserimento fra i principi fondamentali dell'art. 4 TUE

Il principio di uguaglianza in termini generali è affermato dal Preambolo del TUE: gli Stati si ispirano «alle eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa, da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto». Tali valori, incluso appunto il generale principio di uguaglianza, sono poi ribaditi dall'art 2 TUE.

Come si è detto, è solo con il Trattato di Lisbona che il principio di uguaglianza degli Stati membri fa il suo ingresso nel diritto primario solo con il Trattato di Lisbona. Ci si deve dunque chiedere perché il Trattato di Lisbona abbia introdotto un principio che nel diritto internazionale e delle organizzazioni internazionali è per molti aspetti considerato ormai superato dalla prassi.

L'art 4. TUE contiene alcuni dei più importanti principi strutturali dell'ordinamento dell'Unione europea. Il par. 2 di questo articolo precisa che «L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale» Tale articolo riprende fedelmente la formulazione dell'art I-5 del Trattato costituzionale, aggiungendo però, a quest'ultimo, che «in particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro».

Il concetto di uguaglianza fra gli Stati membri era stato già espresso dalla Corte di giustizia. Nelle prime sentenze esso veniva accomunato al principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, sin dagli inizi enunciato dal Trattato CEE[63], forse in base alla considerazione che,

[63] V. la sentenza *Italia c. Commissione* citata nella nota precedente. V. anche Corte giust. del 17 ottobre 1995, causa C-44/94, *Fishermen's Organisations*, in *Racc*. 1995, p. I-3115.

se si discrimina uno Stato, si crea una discriminazione anche per i cittadini dello stesso.

In tale ambito, il principio è innanzitutto visto come un dovere per le istituzioni. Secondo la Corte, le istituzioni effettuano una discriminazione, «sia nel trattare in modo diverso situazioni analoghe, sia nel trattare in modo identico situazioni diverse»[64]. In alcune sentenze il principio di uguaglianza è stato utilizzato dalla Corte come freno alla concessione di deroghe alle regole comuni; in particolare per quel che riguarda i periodi transitori concessi ai nuovi stati membri[65]. Talvolta esso viene invece usato proprio per giustificare trattamenti diversi dei nuovi e dei vecchi Stati membri perché essi si trovano in situazioni diverse[66].

In secondo luogo, la Corte ha tratto dal principio di uguaglianza dei doveri anche per gli Stati membri, i quali non devono cercare di procurarsi situazioni di favore a svantaggio di altri. Nella sentenza *Commissione c. Italia*[67], la Corte rilevava: «il fatto che uno Stato, in considerazione dei propri interessi nazionali, rompa unilateralmente l'equilibrio tra i vantaggi e gli oneri derivanti dalla sua appartenenza alla Comunità, lede l'uguaglianza degli Stati membri dinanzi al diritto comunitario e determina discriminazioni a carico dei loro cittadini… Questo venir meno ai doveri di solidarietà accettati dagli Stati membri con la loro adesione alla Comunità scuote dalle fondamenta l'ordinamento giuridico comunitario". In questa sentenza già emergeva un nesso con i principi di leale cooperazione e di solidarietà, nesso che risulta oggi evidente nella formulazione dell'art. 4 TUE.

Nel Trattato di Lisbona, il principio di uguaglianza viene declinato dall'art. 4.2 con espresso riferimento agli Stati membri e dunque si distingue dalle molte affermazioni del principio di uguaglianza riferita ai diritti degli individui, contenuti nel preambolo e negli artt. 2, 9. 21 TUE e nel preambolo e titolo III della Carta. Va però rilevato che l'art. 9 TUE, secondo cui l'Unione rispetta, in tutte le sue attività, il principio

[64] Corte giust. del 17 luglio 1963, causa 13/63, *Italia c. Commissione,* in *Racc*. 1963, p. 337. V. inoltre Corte giust. del 20 settembre 1988, causa 203/86, *Spagna c. Consiglio,* in *Racc*. 1988, p. 4563.

[65] Corte giust. del 29 marzo 1979, causa 231/78, *Commissione c. Regno Unito* in *Racc*.1979, p. 1447.

[66] V. ad esempio Corte giust. del 22 ottobre 2007, causa C-273/04, *Polonia c. Consiglio,* in *Racc.* 2007, I-08925. Concetti simili si desumevano anche dalla precedente sentenza del 13 ottobre 1992, causa C-73/90, *Spagna c. Consiglio*, in *Racc*. 1992, p. I-05191.

[67] Corte giust. del 7 febbraio1973, causa 39/72, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* 1973, p. 101.

«dell'uguaglianza dei cittadini, che beneficiano di uguale attenzione da parte delle sue istituzioni, organi e organismi», costituisce anche un completamento ed un approfondimento, seppure indiretto, del principio di uguaglianza fra gli Stati membri.

II.3. Una lettura sistematica dei principi dell'art. 4 TUE: a) uguaglianza, attribuzione e leale cooperazione

Per comprendere il senso del principio di uguaglianza occorre inquadrarlo alla luce del significato complessivo dell'art. 4 TUE, il quale costituisce, nel Trattato di Lisbona, la norma che regola i rapporti fra Unione europea e Stati membri. Detto articolo enuncia infatti, oltre a detto principio, altri tre principi fondamentali, ma tutti questi principi vanno letti l'uno alla luce dell'altro: attribuzione, rispetto delle identità nazionali, leale cooperazione.

Il principio di attribuzione (4.1) non era contenuto nel Trattato di Roma (che si preoccupava solo di tutelare le attribuzioni delle varie istituzioni), probabilmente in quanto principio "ovvio" per ogni organizzazione internazionale, e nemmeno figurava nell'art I-5 del Trattato costituzionale, che, come si è visto, era l'"antenato" dell'art. 4 TUE. Oggi, al contrario, questo principio costituisce quasi un'ossessione nel Trattato di Lisbona, che lo ripete in numerosissime norme[68], forse perché gli Stati membri si sono resi conto che l'Unione è arrivata ormai ormai a pochi (anche se ardui) passi dal traguardo di una Federazione se non di uno Stato federale[69].

[68] Il principio di attribuzione viene citato agli artt. 4.1, 5 TUE e 7 TFUE. La grande preoccupazione degli Stati membri sul rispetto del principio di attribuzione emerge anche dai protocolli e dalle dichiarazioni annesse al Trattato di Lisbona. Si veda, in particolare, art. 2, Protocollo n. 21 al Trattato di Lisbona sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto all'area di libertà sicurezza e giustizia. Art. 2 Protocollo n. 22 sulla posizione della Danimarca. Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea al Regno Unito ed alla Polonia. Dichiarazione n. 1 relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Dichiarazione n. 13 relativa alla politica estera e di sicurezza comune. Dichiarazione n. 18 relativa alla delimitazione delle competenze. Dichiarazione n. 24 relativa alla personalità giuridica dell'Unione europea. Dichiarazione n. 31 relativa all'applicazione dell'art. 156 del TFUE. Dichiarazione n. 42 relativa all'applicazione dell'art. 352 del TFUE. Dichiarazione n. 53 della Repubblica Ceca sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

[69] V. L.S. ROSSI, *A new revision of the EU Treaties after Lisbon?* in L.S. ROSSI, F. CASOLARI (eds.), *The EU after Lisbon: amending or coping with the existing Treaties?*, Heidelberg, 2014, p. 6.

Nello stesso paragrafo in cui si afferma il principio di uguaglianza fra gli Stati (4.2) viene anche enunciato il rispetto, da parte dell'UE dell'identità nazionale degli Stati membri «insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali ed il rispetto delle funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale»[70].

Il rispetto dell'identità nazionale si salda con il principio di leale cooperazione enunciato nel paragrafo seguente (4.3), rafforzandone il carattere bidirezionale.

Il principio di leale collaborazione, vera *cornerstone* dell'integrazione europea, era già affermato dal Trattato di Roma[71] e costituiva, assieme al principio di non discriminazione sulla base della nazionalità, la base di quella che si può definire la *Bundestreue* comunitaria. Esso va ben oltre il corrispondente principio dell'esecuzione in buona fede nel diritto internazionale[72]. Al di là della sua enunciazione giuridica, comporta una vera e propria "filosofia", che ha reso possibile ad esempio l'enunciazione dei principi del mutuo riconoscimento e nel mercato interno e della muta fiducia nello spazio di libertà sicurezza e giustizia. La Corte lo ha utilizzato più volte, in combinazione con altre disposizioni del trattato[73] o anche da solo[74].

Sino al Trattato di Lisbona (o per meglio dire al Trattato costituzionale) il principio di leale cooperazione era affermato "a senso unico": si trattava cioè di un dovere degli Stati verso l'Unione europea, era cioè

[70] Si aggiunge inoltre, rispetto alla formula che era stata coniata dall'art I-5 T Cost. che in particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro.

[71] Sul principio v M. BLANQUET, *L'Article 5 du Traité C.E.E.: Recherche sur les Obligations de Fidélité des États Membres de la Communauté*, Parigi, 1994.

[72] V. *supra* par. I.1.

[73] Per un elenco delle principali sentenze v. C. IANNONE, commento all'art. 4,3 TUE, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea, Commentario*, cit., p. 28 ss. Sul principio di leale cooperazione v. M. KLAMERT, *The principle of loyalty in EU law*, Oxford, 2014.

[74] V. Corte giust. del 7 maggio 1991, *Vlassopoulou*, in *Racc*. 1991, p. I-2357; Corte giust. del 14 settembre 2000, *Hocsman*, Causa C-238/98, in *Racc*. 2000, p. I-6623; Corte giust. del 9 marzo 1978, Causa 106/77, *Simmenthal*, in *Racc.* 1978, p. 629; Corte giust. 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factorame*, in *Racc*. 1990, p. I-2433. Per ulteriore dettaglio vedi S. BITTER, *Loyalty in the European Union. A review*, in *German Law Journal* 2002, p. 3.

limitato a quelli che oggi sono il secondo ed il terzo capoverso del par. 4.3[75] .

Il Trattato di Lisbona (riprendendo la formula dell'art. I-5 del Trattato Costituzionale) specifica che «in virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri, si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati». Il principio di leale cooperazione fra Unione e Stati membri dovrebbe pertanto applicarsi nei due sensi. E sicuramente il rispetto dell'uguaglianza degli Stati membri, e della loro identità costituzionale e del principio di attribuzione è parte integrante di quel "rispetto" degli Stati che il principio di leale collaborazione impone all'Unione europea. Se le conseguenze dell'obbligo di leale cooperazione (nei suoi aspetti positivi – di fare – e negativi – di non fare – erano chiare già da tempo, anche grazie alla copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia), è dalla lettura congiunta dei primi due paragrafi dell'art. 4 TUE) che si possono ricavare i "compiti" che tale principio assegna all'Unione.

Letti in sequenza questi principi, incluso quello di uguaglianza fra gli Stati membri, si ricompongono dunque tutti in quello di leale cooperazione, o per meglio dire in un "nuovo" principio bidirezionale di leale cooperazione, assai più ricco e sfaccettato di quello che era inizialmente affermato dai Trattati originari. Da un lato gli Stati membri hanno un obbligo, sia positivo che negativo, di cooperare lealmente con l'Unione europea, ma d'altro lato anche quest'ultima deve lealmente cooperare con gli Stati membri, rispettando i principi di attribuzione, uguaglianza e rispetto dell'identità nazionale.

L'art. 4 TUE è dunque una norma di carattere costituzionale, che riassume i rapporti fra Unione europea e Stati membri. Manca però, al suo interno un elemento importante, che sarebbe opportuno aggiungere in una prossima revisione: l'affermazione del principio del primato del diritto dell'Unione su quello degli Stati membri, che era stato introdotto nell'art. I-6 del Trattato costituzionale e che il Trattato di Lisbona ha relegato ad una semplice Dichiarazione[76]. Del resto, secondo alcuni autori,

[75] «Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione e facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione».

[76] Corte giust. del 9 dicembre 1997, causa C-265/95, *Commissione c. Francia*, in *Racc*. 1997, p. I-6956.

nel silenzio del Trattato, è proprio sull'art. 4 TUE che si fondano i principi del primato e degli effetti diretti del diritto dell'Unione europea[77].

E proprio la coesistenza di così vari aspetti differenzia notevolmente questi principi da quelli di uguaglianza fra gli Stati e di buona fede e leale cooperazione del diritto internazionale.

Occorre infine rilevare che l'art. 4 TUE, nelle sue varie componenti, si presta ad un'applicazione giurisprudenziale che ne approfondirà il contenuto: potrà essere infatti utilizzato tanto nei ricorsi di infrazione (contro gli Stati), quanto in quelli di annullamento o validità (contro gli atti delle istituzioni).

II.4. b) Uguaglianza, identità nazionali, identità europea

Se fra leale cooperazione ed uguaglianza vi è un rapporto strettamente complementare, più problematica – e persino antagonistica – può risultare la relazione fra uguaglianza e rispetto delle identità degli Stati membri[78].

Il principio del rispetto dell'identità degli Stati membri non è nuovo nel diritto dell'Unione europea. Esso ha fatto il suo ingresso nei Trattati a partire dal Trattato di Maastricht, che istituiva l'Unione europea. L'art. F.1 affermava che «l'Unione rispetta l'identità nazionale dei suoi Stati membri, i cui sistemi di governo si fondano sui principi democratici» ed è stato poi ripreso, anche se in contesti diversi, nei Trattati successivi[79].

La collocazione del principio all'interno della stessa norma che proclamava il rispetto dei diritti fondamentali da parte dell'Unione europea non era casuale. Il collegamento fra diritti fondamentali e "nocciolo duro" dei valori costituzionali degli Stati membri era infatti emerso da tempo nella giurisprudenza delle Corti costituzionali nazionali, così co-

[77] M. KLAMERT, *op. cit*., p. 250.

[78] Sul principio v. per tutti: L. BESSELINK, *National and Constitutional Identity Before and After Lisbon*, in *Utrecht Law Review,* 2010 p. 42 ss., B. GUASTAFERRO, *Beyond the Exceptionalism of Constitutional Conflicts: the Ordinary Functions of the Identity Clause*, in *Yearbook of European Law*, 2012, p. 263 ss.; S. ARNAIZ, A. LLIVINA (eds.), *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013. Sulla giurisprudenza della Corte relativa al principio v. G. DI FEDERICO *Identifying Constitutional Identities in the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, in corso di pubblicazione su *Il Diritto dell'Unione europea*, 4/2014.

[79] Per una panoramica di questa evoluzione v C. MAGNANI, *Il principio dell'identità nazionale nell'ordinamento europeo*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L'ordinamento europeo, I principi*, Milano, 2006, p. 481 ss.

me era stato riconosciuto dalla Corte di giustizia che le «tradizioni costituzionali comuni» degli Stati membri erano fonte di diritti fondamentali che la legislazione comunitaria doveva rispettare. Tale articolo sembrava dunque principalmente far riferimento ad un'i*dentità valoriale*.

Con il Trattato di Lisbona, il principio del rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri è menzionato non solo nell'art. 4.2, che diventa una sorta di *Identity clause*[80], TUE, ma anche nel Preambolo della Carta dei diritti fondamentali[81]. La formulazione della seconda risulta più ampia di quella del primo perché non è specificato (come invece fa l'art. 4,2) che l'identità nazionale cui l'Unione deve rispetto è quella "insita nella struttura fondamentale, politica e costituzionale" dello Stato.

Anche se la formulazione è piuttosto ampia, l'art. 4 TUE sembra far riferimento ad una *identità strutturale*[82] più che ad un'*identità valoriale*. La «struttura fondamentale, politica e costituzionale» può coprire, ad esempio, il rispetto delle competenze negli Stati federali mentre le «funzioni essenziali» dello Stato richiamano alla mente oltre che alla funzioni connesse alla sicurezza, il tema dei servizi di interesse generale, cui il Trattato di Lisbona dedica particolare attenzione.

Tale identità strutturale si affianca e completa quella valoriale, espressa dalla Carta dei diritti fondamentali, che con il Trattato di Lisbona acquisisce pieno valore giuridico. La Carta infatti stabilisce un'ampia lista di limitazioni di carattere valoriale all'azione dell'Unione europea, tutelando così direttamente anche i diritti fondamentali contenuti nelle Costituzioni nazionali. E probabilmente, con la Carta in vigore, invocare la riserva costituzionale dei diritti fondamentali diventerà meno necessario. La questione dell'identità strutturale, per contro, che include anche il tema del campo di applicazione della Carta dei diritti fondamentali, rimarrà il maggiore terreno di scontro fra Stati membri ed Unione europea, o, per meglio dire, fra Corti nazionali e Corte di giustizia.

L'"identità costituzionale" degli Stati membri è divenuta, nel tempo, una formula su cui converge un crescente numero di Corti costituziona-

[80] Sul tema v. G. MARTINICO, O. POLLICINO, *The Interaction between Europe's Legal Systems*, Chelthenam, 2012, p. 195 ss.

[81] «L'Unione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo dei valori comuni nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa, nonché dell'identità nazionale degli Stati membri e dell'ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale, regionale e locale».

[82] Secondo A. MANZELLA, *Sui principi democratici dell'Unione europea*, Napoli, 2013, p. 69 ss., l'art 4.2 segna «un limite strutturale e funzionale all'interferenza dell'ordinamento UE in quello degli Stati membri». Sull'art 4.2 v. anche B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale*, Torino, 2013, p. 192 ss.

li[83], per definire le "riserve costituzionali" vale a dire quei limiti invalicabili che si oppongono, almeno teoricamente, alla supremazia del diritto dell'Unione europea. Il concetto è però solo apparentemente unitario: in realtà, esprimendo i *core values* di ordinamenti diversi, è un concetto plurale che può declinarsi in maniera differente per ciascun ordinamento[84]. È in effetti l'idea di una «Unione di diversità».

Poiché il concetto di identità costituzionale viene invocato dagli Stati membri per "resistere" al diritto dell'Unione europea, esso mira a derogare, seppure in ipotesi "estreme", al concetto di uguaglianza formale – cioè di uguaglianza davanti alla legge – degli Stati dell'Unione. Si potrebbe, un po' paradossalmente, sostenere che grazie all'art. 4.2 TUE gli Stati hanno un uguale diritto ad invocare l'identità costituzionale come deroga all'uguale applicazione del diritto dell'Unione europea.

La Corte tuttavia non ha mai formalmente accettato di inchinarsi ad una superiorità gerarchica delle norme costituzionali degli Stati membri, ed ha anzi talvolta apertamente negato che esse potessero prevalere su quelle dell'Unione europea[85], pur se in molti casi non ha mancato di riconoscerle come valori degni di tutela[86]. La Corte tende però a trattare questi valori, che pure gli Stati invocano come "supremi", alla stregua di esigenze imperative, sottoponendoli dunque al test di proporzionalità[87]. In questa prospettiva, si potrebbe dire che i c.d. "controlimiti" nazionali

[83] Questa espressione fu usata per la prima volta dal Conseil Constitutionnel francese nella sua decisione n. 2004-505 DC relativa al Trattato costituzionale. Sul tema delle identità costituzionali nazionali v. C. MAGNANI, A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity, under the Lisbon Treaty,* in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1417; M. SAFAJAN, *Between Mangold and Omega: Fundamental Rights versus Constitutional Identities*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 437 ss.; U. VILLANI, *Valori comuni e rilevanza delle identità costituzionali e locali nel processo di integrazione europea*, Napoli, 2011.

[84] Sul tema v. L.S. ROSSI, *How Fundamentalis a Fundamental Principle? Primacy and Fundamental Rights after the Lisbon Treaty*, in *Yearbook of European Law*, 2008, p. 65-89.

[85] V. ad esempio Corte giust. del 22 luglio 1996, causa C-473/93, *Commissione c. Lussemburgo,* in *Racc*. 1996, p. I-3207.

[86] V. Corte giust. del 28 novembre 1989, Causa C-379/87, *Groener*, in *Racc.* 1989, p. 3967; Corte giust. del 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, in *Racc.* 2004, p. I-09609; Corte giust. del 24 maggio 2011, causa C-51/08 *Commissione c. Lussemburgo*, in *Racc.* 2011, p. I-4231, p. I-13693, 12 maggio 2011, causa C-391/09, *Runevic*, in *Racc.* 2011, p. I-03787; Corte giust. del 5 marzo 2009, causa C-227/07, *UTECA*, in *Racc*. 2009, I-01407; Corte giust. del 14 febbraio 2008, causa C-244/06, *DynamicMedien*, in *Racc.* 2008, p. I-505.

[87] V. ad esempio Corte giust. del 16 dicembre 2008, causa C-213/07, *Michaniki*, in *Racc*. 2008, p. I-9999.

incorporati tramite il 4.2 nel TUE sono a loro volta sottoposti al "controlimite" ultimo dei valori dell'Unione europea[88].

Nella giurisprudenza delle Corti costituzionali o supreme degli Stati membri si assiste recentemente ad una (preoccupante) rincorsa alle riserve costituzionali: si pensi alle le sentenze pronunciate dalla Corte costituzionale federale tedesca[89] e dalla Corte polacca[90] sul Trattato di Lisbona. La Corte costituzionale ceca il 31 gennaio 2012 ha giudicato la sentenza della Corte di giustizia europea nella causa *Landtová*[91] come pronunciata *ultra vires*[92]. Il 5 Aprile 2013 la Corte costituzionale portoghese ha dichiarato che un piano per ridurre la quantità di ferie per i dipendenti pubblici, un piano adottato per rendere effettivo il *Fiscal Compact*, era incostituzionale perché incompatibile con il principio di uguaglianza; la stessa Corte ha anche più recentemente deciso l'incostituzionalità dei tagli all'indennità di malattia e di disoccupazione (anche questi adottati per perseguire stesso obiettivo), con la motivazione che tali tagli erano in conflitto con il principio costituzionale di proporzionalità[93]. Infine, il 24 aprile 2013, la Corte costituzionale tedesca ha reagito alla sentenza della Corte di giustizia europea *ÅkerbergFransson*[94], anch'essa invocando l'argomento *ultra vires*[95].

[88] V. sul punto A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Primacy: Respect for National Identity under the Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1417.

[89] 16 BvG 30 giugno 2009, BVE 2/08, ma vedi oltre anche la sentenza 2 BvG, 14 gennaio 2014, BvR 2728/13 sull'OMT.

[90] Corte cost. polacca 24 gennaio 2010, http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/documents/K_32_09_EN.pdf

[91] Corte giust. 22 giugno 2011, causa C-399/09, *Landtová*, in *Racc.* 2011, p. I-5573.

[92] La Corte costituzionale della Repubblica Ceca, con la sentenza del 31 gennaio 2012, ispirandosi alla giurisprudenza del BVG, ha sottolineato che le Corti costituzionali nazionali mantengono il loro ruolo come guardiane supreme di costituzionalità anche nel campo del diritto europeo e persino contro potenziali sconfinamenti delle istituzioni dell'UE. Ha inoltre affermato che la Corte di giustizia non ha tenuto conto adeguatamente della situazione specifica derivante dalla divisione della Repubblica Cecoslovacca, poiché se ne avesse tenuto conto avrebbe concluso per l'inapplicabilità del diritto UE al caso di specie. in http://www.usoud.cz/en/.

[93] Corte costituzionale portoghese, http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/ acordaos/20130187.html?impressao=1.

[94] V. *Åkerberg Fransson,* cit. *supra*. Su cui v. V. SKOURIS, *Devéloppements récents de la protectiondes droits fondametnaux dans l'Union européenne: les arrets Melloni et Åkerberg Fransson*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 229 ss.; N. LAZZERINI, *Il contributo della sentenza Åkerberg Fransson alla determinazione dell'ambito di applicazione e degli effetti della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 883.

[95] BvG, 24 aprile 2013, BvR 1215/07, par. 2, http://www.bundesverfassungsgericht.

Ma il segnale più preoccupante è costituito dell'ordinanza con cui la Corte federale tedesca del 14 gennaio ha rimesso alla Corte di giustizia alcune delicatissime questioni concernenti la presunta invalidità di una decisione del Consiglio direttivo della BCE del 6.9.2012, che menzionava la possibilità di acquisti illimitati di titoli del debito pubblico degli Stati membri sul mercato secondario (c.d. OMT, *OutrightMonetaryTransactions*)[96].

La Corte tedesca, riprendendo quanto aveva già affermato nella sua precedente sentenza sul Trattato di Lisbona[97], chiarisce cosa succederebbe nel caso la BCE (o qualunque altra istituzione dell'Unione europea) agisse *ultra vires*, cioè al di là delle competenze che le sono state attribuite dai Trattati. Sia il Governo che il Parlamento tedesco hanno una responsabilità nell'impedire che avvenga una simile lesione e dunque non potrebbero né partecipare a decisioni del genere in seno alle istituzioni dell'Unione europea (in particolare la BCE o il SEBC), né tantomeno darvi esecuzione a livello nazionale. Essa afferma che se la decisione OMT violasse la proibizione contenuta nel Trattato sull'Unione europea di finanziare gli squilibri dei bilanci nazionali, cosa di cui il BVG sembra convinto, si avrebbe una violazione significativa del-

de/en/press/bvg13-031en.html.

[96] Sul tema v. L.S. ROSSI, *L'ordinanza della Corte costituzionale tedesca sui poteri della BCE: una sfida pericolosa* in *Focus Euroatlantico* 5/2014, Istituto Affari Internazionali. La Corte tedesca si rivolge alla Corte di giustizia dell'Ue sollevando una serie di quesiti (che in realtà suonano come pesanti accuse) sulla compatibilità della decisione della BCE con il Trattato UE. Il BVG indica numerosi motivi per cui, a suo avviso, la decisione è incompatibile: essa non prevede limiti quantitativi all'acquisto dei titoli di uno Stato, non impone un lasso minimo di tempo tra l'emissione sul mercato primario e il possibile acquisto su quello secondario (il che rende difficile valutarne il prezzo di mercato), non vieta di detenere i titoli sino alla loro scadenza, né subordina l'acquisto dei titoli ad un *rating* minimo degli stessi ed infine non esige nessun privilegio per i crediti acquisiti dalla BCE o dal SEBC (Sistema europeo delle Banche centrali), i quali si troverebbero dunque in caso di default dello Stato sullo stesso piano dei creditori privati. Nella sua difesa la BCE sottolinea che rientra fra i propri compiti mantenere la stabilità dell'euro e che per fare questo può essere necessario disporre di uno strumento che neutralizzi le ingiustificate paure dei mercati che un Stato dell'euro possa andare in *default*: questi timori, facendo innalzare gli *spreads*, alterano così gli effetti delle normali misure di politica monetaria a disposizione del sistema monetario (BCE e SEBC). Un tale strumento, potrà essere usato per gli Stati membri che concludano accordi con il Meccanismo europeo di Stabilità e li rispettino. Secondo la BCE, il fatto che l'adozione delle OMT sia comunque vincolata al rispetto dei programmi concordati dallo Stato con il MES costituisce una sufficiente garanzia.

[97] BVG 123, 267. Su essa v. L.S. ROSSI, *I principi enunciati dalla sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona: un'ipoteca sul futuro dell'integrazione europea?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2009, pp. 993-1019.

l'identità costituzionale tedesca. Va rilevato che nella causa è intervenuta anche la Banca centrale tedesca (Bundesbank) sottolineando, con una logica darwiniana, che è giusto che ad economie deboli corrispondano *spreads* più alti.

Non è la prima volta che il BVG lancia dei moniti alle istituzioni europee sull'adozione da parte di queste ultime di atti non previsti dai trattati. Già in passato la Corte costituzionale tedesca aveva affermato che si ha una lesione dell'identità costituzionale tedesca in presenza di una violazione manifesta del principio di attribuzione, che porti ad una revisione mascherata del Trattato o comunque alteri in maniera significativa la ripartizione dei poteri fra l'Ue e gli Stati membri. Di fronte ad una simile lesione, gli articoli della Costituzione tedesca che riconoscono il primato del diritto dell'Unione europea sul diritto interno cesserebbero di applicarsi[98].

Ma ora la Corte si è spinta oltre, e precisa che anche la salvaguardia delle responsabilità di bilancio dello Stato tedesco – e i diritti dei cittadini tedeschi in quanto contribuenti – costituiscono elementi dell'identità costituzionale tedesca. Tale identità, secondo il BVG, è diversa rispetto a quella prevista dall'art. 4.2 TUE, che prevede che il diritto dell'Unione europea rispetti le identità costituzionali degli Stati membri. Infatti secondo la Corte federale, quest'ultima disposizione non è sufficiente, in quanto ammetterebbe bilanciamenti con altri interessi generali dell'Unione europea, mentre l'identità costituzionale tedesca non li consente.

Si tratta di un'affermazione molto grave, che sembra minare il principio di leale cooperazione fra gli Stati membri, sconfessare il principio del primato del diritto dell'Unione europea, ma anche pregiudicare il principio di uguaglianza degli Stati membri davanti alla legge.

Il BVG sembra di fatto volersi riservare il potere assoluto e discrezionale di decidere di volta in volta che cosa costituisca quell'identità che si porrebbe come limite invalicabile alla potestà normativa del-

[98] V. in particolare il par. 241 della sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona (traduzione inglese a cura della Corte): «the ultra vires review as well as the identity review may result in Community law or, in future, Union law being declared inapplicable in Germany». Questo perché la Corte costituzionale tedesca avoca a se la competenza fondamentale di giudicare se gli atti dell'Unione Europea siano compatibili con l'identità costituzionale tedesca, come ribadito al par. 240 della sentenza sul Trattato di Lisbona: «Further more, the Federal Constitutional Court reviews whether the inviolable core content of the constitutional identity of the Basic Law pursuant to Article 23.1 third sentence in conjunction with Article 79.3 of the Basic Law is respected (seeBVerfGE 113, 273 <296>)».

l'Unione europea. In questo caso si tratterebbe della necessità di tutelare il principio democratico e la salvaguardia dei cittadini tedeschi a non subire, in quanto contribuenti, le conseguenze di decisioni della BCE che siano adottate al di fuori di quanto permesso dai Trattati. Stupisce che la Corte tedesca consideri un'esigenza di questo tipo come parte dell'identità costituzionale: qualunque interesse dei cittadini tedeschi potrebbe allora essere innalzato dalla Corte in qualsiasi momento, *ad libitum*, ad identità costituzionale. La c.d *Europarechtsfreundlichkeit*, affermata dalla Corte nella sentenza sul Trattato di Lisbona, sembra ridursi sempre più.

Il BVG sembra affermare perentorie certezze, quasi sfidando la Corte europea. Più che una domanda di chiarimenti i toni dell'ordinanza evocano una minaccia: essa afferma perentoriamente la posizione del BVG e si spinge addirittura a dettare alla Corte di giustizia l'interpretazione (limitante) della decisione OMT che sarebbe a suo avviso accettabile. L'Avvocato generale Cruz Villalon non ha fatto propria la posizione del BVG, concludendo a favore della legittimità della missione OMT[99].

Vi è da chiedersi cosa succederebbe in caso lo scontro fra le due Corti proseguisse. L'ordinamento europeo ha uno strumento di difesa contro l'inadempimento degli Stati membri, consistente nel ricorso in infrazione, che la Commissione o qualunque altro Stato membro potrebbe proporre (davanti alla stessa Corte di giustizia) conto la Germania qualora quest'ultima si sottraesse ai suoi impegni in nome della difesa della propria identità costituzionale.

Ma anche la Corte tedesca ha a sua disposizione un'arma molto insidiosa, in quanto potrebbe dichiarare che la sentenza della Corte di giustizia è stata essa stessa resa *ultra vires*, rifiutandosi di darle seguito[100].

Resta poi da chiedersi, di fronte alla pervicace rigidità della Corte tedesca, come potrebbero reagire le Corti costituzionali e supreme degli altri Stati membri, cui essa sembra pretendere di "dettare la linea". Le altre Corti potrebbero, nella stessa materia, seguire il BVG, oppure potrebbero ciascuna, in nome dell'identità costituzionale del proprio Stato, dettare le proprie condizioni, che potrebbero essere ben diverse da quelle

[99] Conclusioni del 14 gennaio 2015, causa C-62/14 *Gauweiler*.

[100] Vi è già stato un precedente in cui il BVG ha enunciato la possibilità di dichiarare *ultra vires* una sentenza della Corte di giustizia: BVG, 24 aprile 2013, BvR 1215/07 vedi L.S. ROSSI, *L'Unione europea e il paradosso di Zenone. Riflessioni sulla necessità di una revisione del Trattato di Lisbona*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2013, p. 749 ss.

della Corte tedesca. Cosa accadrebbe ad esempio se la Corte italiana o quella di un altro Stato membro del *Fiscal Compact*, ritenesse che nella propria Costituzione vi sono valori superiori a quelli stabiliti da quest'ultimo? Già la Corte portoghese ha cominciato a percorrere questa strada. Il rischio è che, in nome dell'identità costituzionale nazionale, si moltiplichino le più diverse interpretazioni ed applicazioni delle norme comuni. E vi è anche il pericolo, sempre più concreto, di uno scontro fra Corti supreme, una lotta per la supremazia, in cui si giocano principi fondamentali per l'ordinamento costituzionale europeo.

Per arginare la corsa all'unilateralismo, è necessario che la Corte di giustizia, ma anche le Corti costituzionali e supreme degli Stati membri, riflettano su quale significato dare all'identità strutturale di cui all'art. 4.2. Il motto *United in diversity* significa che l'Unione europea non può livellare le identità nazionali, ma nemmeno che la diversità comprometta l'unità. Inoltre, a fianco dell'idea "centrifuga" di identità nazionale i giudici europei, ma anche quelli nazionali, dovrebbero cercare di sviluppare quella "aggregante" di identità europea. La Corte si è già implicitamente riferita al concetto di identità costituzionale europea[101], ma dovrebbe stabilire un dialogo con le Corti nazionali per arrivare ad un concetto condiviso.

A tale idea corrispondevano inizialmente le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, così come interpretate dalla Corte di giustizia. L'identità europea era menzionata dall'Art B del Trattato di Maastricht[102] e viene oggi evocata nel Preambolo del TUE, con riferimento alla PESC, che dovrebbe rafforzare l'identità dell'Unione. I fondamenti dell'identità europea sono oggi da ricercarsi, da un lato nella Carta dei diritti fondamentali e, dall'altro, nei valori di cui all'art. 2 TUE[103]: la violazione di quest'ultimi può essere sanzionata ex art. 7 TUE, per acquisire la *membership* dell'Unione europea e sono ribaditi sul piano dell'azione esterna dall'art. 21 TUE.

[101] V. Corte giust. del 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Yassin Abdullah Kadi e Al Barakaat International Foundation contro Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee,* in *Racc*. 2008, p. I-06351.

[102] Tale articolo elencava fra gli obiettivi dell'Unione quello di «affermare la sua identità sulla scena internazionale».

[103] «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

Il nucleo valoriale dell'identità costituzionale europea non si ferma dunque solo alla protezione dei diritti individuali, ma comprende anche il rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto. Una lettura congiunta degli artt. 2 e 4.2 TUE potrebbe far rientrare nel concetto di uguaglianza non solo quella fra individui (che sarebbe del resto già ricompresa nei diritti fondamentali), ma anche quella fra Stati membri. In questo modo si potrebbe affermare che la tutela dell'identità nazionale è parte dello stesso concetto di identità europea.

II.5 Uguaglianza e solidarietà

Occorre infine soffermarsi sulle relazioni fra il principio di uguaglianza e quello di solidarietà. Sin dagli inizi, il processo di integrazione europeo si è sviluppato anche attorno ad un principio di solidarietà. La Dichiarazione Schuman parlava di realizzazioni di fatto che avrebbero creato una solidarietà concreta[104]. Di tale principio erano espressione non solo le regole istituzionali che avvantaggiavano gli Stati più piccoli, ma anche la creazione di una politica agricola comune, dei fondi strutturali, nonché la politica commerciale, "fronte comune" verso il resto del mondo. Com'è stato rilevato, il principio di solidarietà è quel legame che lega un gruppo dotato di obbiettivi comuni: tutti i membri del gruppo hanno interesse ad aiutarsi reciprocamente per raggiungere quegli obbiettivi[105]. Ma qual è la relazione fra uguaglianza e solidarietà? Fra i due principi vi è una contrapposizione, ma anche una complementarità. Per comprendere questa relazione si pensi all'art. 3 della Costituzione italiana. Il principio di solidarietà è quello che più si avvicina all'idea di uguaglianza sostanziale espressa dal secondo comma[106], in contrapposizione all'uguaglianza formale, prevista dal primo comma dello stesso articolo.

Anche la solidarietà di cui qui si parla, al pari dei principi di cui all'art. 4 TUE, è un principio strutturale. Essa ha carattere innanzitutto

[104] Sul principio v. J. MOLINIER, *Les principes fondateurs de l'Union européenne*, Paris, 2005, p. 250 ss; C. BOUTAYEB (ed.), *La solidarité dans l'Union européenne – Eléments constitutionnels et matériels*, Paris, 2011.

[105] A. Mc DONNELL. *Solidarity, Flexibility and Euro Crisis: Where Do Principles Fit in?*, in F. CASOLARI, L.S. ROSSI (eds.), *op. cit.*

[106] È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

orizzontale, cioè è applicabile fra gli Stati membri. La solidarietà verticale, fra gli Stati e l'Unione, sembrerebbe invece confluire nel principio complementare della leale cooperazione[107], ma può essere concettualmente distinta da quest'ultimo: mentre il principio di leale cooperazione impone di svolgere lealmente i doveri derivanti dal Trattato e dalla legislazione europea, il principio di solidarietà richiede in più un obbligo di assistere i soggetti più deboli o che si trovano in situazioni di difficoltà.

La solidarietà come principio strutturale è dunque distinta dalla solidarietà valoriale, cui fanno riferimento l'art. 2 TUE ed il titolo IV della Carta dei diritti fondamentali: si tratta in questi casi di una solidarietà che riguarda gli individui e che può essere ricondotta all'idea di "Stato sociale". Nonostante i molti significati che il termine solidarietà può rivestire nel diritto dell'UE, conviene in questo lavoro limitare l'analisi agli aspetti che rilevano per l'art 4 TUE, i quali entrano in relazione con il concetto di uguaglianza fra gli Stati membri

La Corte di giustizia, sin dai tempi della CECA[108], si è più volte espressa su questo principio[109]. Nella sentenza *Commissione c Italia*[110], ricorda che gli Stati membri con la loro adesione alla Comunità hanno accettato dei "doveri di solidarietà". Nel silenzio dei Trattati, la Corte desumeva questo principio da quello di leale cooperazione. In una sentenza del 1969 (*Commissione c. Francia*)[111], la Corte affermò che gli Stati membri dovevano considerare le loro politiche dei cambi come un problema d'interesse comune e che «la solidarietà, che sta alla base di questi obblighi come pure del sistema comunitario nel suo complesso, conformemente all'impegno di cui all'articolo 5 del trattato, trova un corollario, a vantaggio degli Stati, nella procedura di mutua assistenza, prevista per il caso di grave minaccia di squilibri nella bilancia dei pagamenti di uno Stato membro. L'esercizio dei poteri che gli Stati si sono riservati non può quindi giustificare l'adozione unilaterale di misure vietate dal trattato».

Nel Trattato di Lisbona la solidarietà come principio strutturale ricorre abbondantemente, con riferimento ad ipotesi differenti. Nel

[107] Sul punto v. M. KLAMERT, *op. cit.*, p. 40 ss.

[108] Corte giust del 12 luglio 1984, causa 209/83, *Ferriera Valsabbia SpA*, in *Racc*., 1984, p. 3089.

[109] Corte giust. del 22 gennaio 1986, causa C-250/85, *Eridania*, in *Racc*. 1986, I-00117; Corte giust. del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, in *Racc*. 2005, I-05285.

[110] V. *supra* nota 61.

[111] Corte giust. del 10 dicembre 1969, cause riunite 6 e 11/69, *Commissione delle Comunità europee* contro *Repubblica francese,* in *Racc*. 1969, p. 523.

Preambolo del TUE si parla di solidarietà fra i popoli. L'art. 3 TUE indica fra gli obbiettivi dell'Unione quello di promuovere la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri. Il principio è menzionato anche dall'art 21 TUE, fra quelli su cui si fonda l'azione esterna dell'Unione europea: in questo contesto esso sembra venire in considerazione tanto sotto il profilo strutturale quanto sotto quello valoriale. Ancora, in materia di PESC, viene prescritta una solidarietà degli Stati membri verso l'Unione europea, dunque una solidarietà verticale. Ma assai più numerosi sono i riferimenti alla solidarietà che si può definire orizzontale, ovvero fra gli Stati membri: l'art 3 TUE precisa che fra gli obbiettivi dell'Unione europe vi è quello di promuovere la solidarietà fra gli Stati membri; inoltre il concetto ricorre con riferimento ad ipotesi più specifiche negli articoli 24 e 31 TUE (politica estera), 67 TFUE (immigrazione), 80 TFUE (asilo), 122 TFUE (crisi economica)[112], 194 TFUE (energia). Una clausola di solidarietà "emergenziale" è stabilita dall'Articolo 222. L'Unione europea e gli Stati membri agiscono congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo.

Nonostante tutti questi riferimenti legislativi, da un punto di vista concreto la solidarietà fra gli Stati membri fatica a trovare applicazione proprio in quei settori in cui il Trattato la afferma Nella politica estera, mentre si levano alte le voci di singoli Stati membri, l'Unione molto spesso non riesce a far sentire la "sua" voce. In campo energetico e nei settori dell'immigrazione e dell'asilo, si registrano atteggiamenti di chiusura reciproca fra i vari Stati membri.

Nel campo della politica economica, ad esempio, non sembra certo possibile affermare che nella crisi greca il principio di solidarietà abbia avuto qualche ruolo[113]. E lo stesso Trattato sul Meccanismo di Stabilità (TESM), il cui preambolo menziona il principio sembra basato non sulla solidarietà verso chi è in difficoltà, quanto su una solidarietà che mira a "stabilizzare" situazioni che possano avere ripercussioni negative sul sistema collettivo.

La solidarietà per funzionare deve essere vigilata da istituzioni forti,

[112] Fatta salva ogni altra procedura prevista dai trattati, il Consiglio, su proposta della Commissione, può decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia.

[113] Sul tema v. V. BORGER, *How the Debt Crisis Exposes the Development of Solidarity in the Euro Area*, in *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 7 ss.

altrimenti, se lasciata alla discrezionalità degli Stati, rimane nel terreno dei buoni propositi. Istituzioni forti che potrebbero ancorare il principio di solidarietà a quello di leale cooperazione, promuovendo – là dove è possibile (ma per la PESC non lo è) – dei ricorsi di infrazione contro gli Stati che lo violano. Esempi in tal senso si sono già avuti per il principio di leale cooperazione[114].

Infine è proprio sulla solidarietà – anziché sulla competizione – che si può stabilire quel clima di fiducia reciproca che oggi sembra sempre più carente fra gli Stati dell'Unione europea.

III. Conclusioni: Il principio di uguaglianza in un'Unione di Stati a sovranità condivisa.

A conclusione di questa indagine ci si deve chiedere quale sia la portata del principio di uguaglianza fra gli Stati membri dell'Unione europea.

Nella prima sezione si è visto come in un'organizzazione internazionale il principio di uguaglianza dovrebbe comportare garanzie proporzionate al trasferimento di sovranità.

L'Unione europea non è più un'organizzazione internazionale, ma un'Unione sovranazionale, in cui gli Stati membri, accettando il primato, gli effetti diretti, la limitazione dell'autotutela e della reciprocità e molto altro, hanno compiuto rilevanti sacrifici di sovranità nazionale, trasformandola in una sovranità condivisa. Essi inoltre, come afferma il Preambolo del TUE, sono «decisi a portare avanti il processo di creazione di un'unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa».

In tale contesto è evidente che alle limitazioni di sovranità devono corrispondere garanzie rafforzate. Le classiche garanzie del diritto internazionale, unanimità nelle procedure decisionali e pari rappresentazione nelle istituzioni, non sono però utili, in quanto, indebolirebbero il sistema, paralizzando il processo decisionale.

Occorre invece rafforzare il metodo comunitario e quelle che si sono definite le "istituzioni di garanzia", mettendole in grado di far rispettare le regole comuni a tutti gli Stati membri, indipendentemente dalla loro grandezza o peso politico.

Quanto all'evoluzione del principio di uguaglianza fra gli Stati

[114] Corte giust. del 9 dicembre 1997, causa C-265/95, *Commissione c. Francia*, in *Racc.* 1997, p. I-06956.

membri dell'UE, si è visto nella seconda parte di questo lavoro che l'uguaglianza formale, tipica del diritto internazionale, ovvero un'uguaglianza di fronte alla legge, nella formula dell'art. 4 TUE, introdotto dal Trattato di Lisbona, viene solidamente ancorata al dovere di leale cooperazione, ma può – ove necessario – consentire una flessibilità che garantisca il rispetto delle identità nazionali. Ancora una volta, spetterà alle istituzioni di garanzia evitare che questi margini di flessibilità siano lasciati arbitrariamente alla decisione ultima degli Stati interessati, perché ciò pregiudicherebbe l'uguaglianza.

In un'Unione sempre più stretta tuttavia l'uguaglianza davanti alla legge non è sufficiente. Potremmo stabilire una gradazione crescente dei livelli di integrazione europea: *membership, partnership, ever closer union.* Alla progressiva evoluzione dell'ordinamento, dovrebbe corrispondere, per la tenuta dello stesso, una stratificazione di principi che formino un collante sempre più stretto.

Potremmo così concludere questo lavoro affermando che il principio di uguaglianza corrisponde alla semplice *membership*. Su questa base, si aggiungono, a formare una più solida *partnership,* il principio di leale cooperazione ed altri corollari dello stesso quali ad esempio il mutuo riconoscimento. Ma nello stadio presente, ed in quelli futuri di una *ever closer union*, per controbilanciare le forti resistenze ad un'integrazione ulteriore e le diffidenze che spingerebbero alla rinazionalizzazione, a tali principi dovrà affiancarsi quello di solidarietà.

L'INTEGRAZIONE DIFFERENZIATA NELL'AMBITO DELL'UNIONE EUROPEA

Massimo CONDINANZI*

SOMMARIO: 1. L'integrazione differenziata secondo un approccio intuitivo. – 2. *Ratio*, origini e sviluppo dell'applicazione non uniforme del diritto dell'Unione europea. – 3. Il tema definitorio e i problemi di classificazione. – 4. Gli strumenti attraverso cui si realizza l'integrazione differenziata. – 4.1. L'integrazione differenziata all'interno dei trattati. – 4.1.1. L'integrazione differenziata "positiva". – 4.1.2. Le prime (tre) applicazioni della disciplina sulle cooperazioni rafforzate. – 4.1.3. L'integrazione differenziata "negativa". – 4.2. L'integrazione differenziata realizzata mediante strumenti esterni ai trattati. — 5. *Acquis* o *ma(c)quis communautaire*? – 6. Integrazione differenziata e crisi di identità "europea"?

1. *L'integrazione differenziata secondo un approccio intuitivo*

Il tema dell'integrazione differenziata nell'ambito dell'Unione europea[1] può essere preso in esame, in via di prima approssimazione, adot-

* Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università degli Studi di Milano.

[1] Per un inquadramento generale del tema, tra i numerosi contributi, cfr., senza alcuna pretesa di completezza, C.-D. EHLERMANN, *How Flexible is Community Law? An Unusual Approach to the Concept of 'Two Speeds'*, in *Michigan Law Review*, 1984, p. 1274 ss.; ID., *Increased Differentiation or Stronger Uniformity*, 1995, consultabile all'indirizzo internet: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/1396/95 _21. pdf?sequence=1; A. STUBB, *A Categorization of Differentiated Integration*, in *Journal of Common Market Studies*, 1996, p. 283 ss.; B. DE WITTE, K. HANF, E. VOS (eds.), *The Many Faces of Differentiation in EU Law*, Antwerpen – Oxford – New York, 2001; A. TIZZANO, *Cooperazione rafforzata e flessibilità*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2001, p. 460 ss.; A. WARLEIGH, *Flexible Integration: Which Model for the European Union?*, London, 2002; S.S. ANDERSEN, N. SITTER, *Differentiated Integration: What is it and How Much Can the EU Accommodate?*, in *Journal of European Integration*, 2006, p. 313 ss.; C. GUILLARD, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, Bruxelles, 2006; J.-E. DE NEVE, *The European Onion? How Differentiated Integration is Reshaping the EU*, in *Journal of European Integration*, 2007, p. 503 ss.; F. TEKIN, *Differentiated Integration at Work*, Baden-Baden, 2011; K. HOLZINGER, F. SHIMMELFENNIG, *Differentiated Integration in the European Union: Many Concepts, Sparse Theory, Few Data*, in *Journal of European Public Policy*, 2012, p. 292 ss.; D. LEUFFEN, B. RITTBERGER, F. SCHIMMELFENNIG, *Differentiated Integration: Explaining variation in the European Union*, Basingstoke, 2013; N. VON ONDARZA, *Strengthening the Core of Splitting Europe? – Prospects and Pitfalls of a Strategy of Differentiated Integration*, SWP Research Paper, 2013, consultabile all'indirizzo internet: http://www.swp-berlin.org/fileadmin/contents/products/ re-

tando un approccio appena intuitivo e, come tale, ancora indefinito. Così, può affermarsi che l'integrazione differenziata consiste in una diversità di regole – di diritto primario ovvero derivato – e in un differente ruolo delle istituzioni dell'Unione europea nei diversi Stati membri.

Questa nozione di integrazione differenziata appare indubbiamente distante, forse addirittura agli antipodi, rispetto al metodo "comunitario" e, in particolare, a quel «mercato comune» di cui riferiva, tra gli altri, Pierre Pescatore[2], concepito come prodotto di unificazione giuridica, da realizzare soprattutto attraverso un tipo di atto di diritto derivato, individuato, non a caso, nel regolamento, elevato a fonte principale del sistema. È evidente che il fenomeno dell'integrazione differenziata presenta una serie di profili di incoerenza con quell'immagine tradizionale del diritto comunitario, oggi dell'Unione europea. Né mancano nei trattati riferimenti testuali che paiono contraddire l'integrazione differenziata come sopra, sia pur ancora latamente e imprecisamente, definita.

Basti pensare, anzitutto, all'«unione sempre più stretta fra i popoli» dell'Europa, o europei, di cui al preambolo, rispettivamente, del TUE e del TFUE (nonché all'art. 1, comma 2°, TUE), come pure all'«azione comune»[3] attraverso la quale assicurare il progresso economico e sociale degli Stati membri. Indice di tale impostazione è altresì la previsione di una fonte, il già citato regolamento, «direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri»[4], ciò che evoca *per se* un'idea di unitarietà del sistema. Non meno significativa, nello stesso senso, risulta la funzione ermeneutica svolta dalla Corte di giustizia, quale centro unitario di interpretazione, attraverso il meccanismo del rinvio pregiudiziale, non soltanto del diritto dell'Unione europea, ma anche di alcuni ambiti del diritto internazionale pattizio funzionali alla realizzazione degli obiettivi dell'Unione o, in precedenza, delle Comunità[5]. Si pensi, inoltre, all'ela-

search_papers/2013_RP02_orz.pdf; F. SCHIMMELFENNIG, T. WINZEN, *Instrumental and Constitutional Differentiation in the European Union*, in *Journal of Common Market Studies*, 2014, p. 354 ss.

[2] Cfr. P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, Leiden, 1972.

[3] Cfr. il preambolo del TFUE.

[4] Cfr. art. 288, comma 2, TFUE.

[5] Il riferimento è alle convenzioni concluse ai sensi dell'art. 220 del trattato istitutivo della Comunità economica europea, quale, ad esempio, la convenzione di Bruxelles del 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. In dottrina, nel senso della funzionalità delle convenzioni stipulate sulla base dell'art. 220 CEE rispetto alla realizzazione degli obiettivi prefissati dal trattato istitutivo della Comunità economica europea e, dunque, della complementarità tra creazione di uno spazio giuridico uniforme e mercato comune e dell'imprescindibile collegamento tra integrazione giuridica ed economica cfr., per tutti, P. JENARD, *Relazione sulla convenzione concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle deci-*

borazione, da parte della stessa Corte, di una ben precisa categoria di principi generali, sulla scorta, *inter alia*, di «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» (art. 6, par. 3, TUE), che in realtà comuni non sono, ma sulle quali si è fondata un'opera di creazione di diritto primario uniforme, realizzata partendo da valori eteronomi, divergenti o, comunque, non sovrapponibili, la cui diversità è stata, di volta in volta, sostanzialmente svalutata, ridotta, per trasformarli in principi comuni del sistema. Ancora, con riferimento alla Corte, si consideri il monopolio del controllo sulla validità degli atti dell'Unione – sancito nella sentenza *Foto-Frost*[6] mediante una rilettura delle disposizioni dettate dall'art. 267 TFUE –, che preclude ai giudici nazionali il potere di dichiarare invalido, o disapplicare, un atto delle istituzioni che non sia già stato oggetto di una declaratoria di invalidità da parte della Corte. Infine – ma, forse, al di sopra di qualsiasi altro aspetto rilevante in tal senso – si pensi al primato del diritto dell'Unione, che, pur non essendo codificato nelle disposizioni pattizie, come era stato previsto dall'art. I-6 del trattato che adotta una Costituzione per l'Europa[7], è richiamato nella dichiarazione finale n. 17, attraverso una formula molto criticata e, almeno in parte, riduttiva, ma che non modifica nella sostanza l'indiscussa centralità del principio in questione[8].

sioni in materia civile e commerciale, in *GUCE*, C 59 del 5 marzo 1979, p. 1 ss.; R. LUZZATTO, *L'interpretazione della Convenzione e il problema della competenza della Corte di giustizia delle Comunità*, in T. TREVES (a cura di), *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, Padova, 1983, p. 57 ss., spec. p. 61.

[6] Cfr. Corte giust., 22 ottobre 1987, causa 314/85, *Foto-Frost*, in *Racc.*, p. 4199 ss.

[7] Trattato firmato a Roma il 29 ottobre 2004, in *GUUE*, C 310 del 16 dicembre 2004, p. 1 ss., di seguito indicato come "trattato-Costituzione".

[8] Cfr. dichiarazione finale n. 17 relativa al primato, allegata all'atto finale della conferenza intergovernativa che ha adottato il trattato di Lisbona, che ricorda che, «per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla [...] giurisprudenza» *Costa c. E.N.E.L.* (Corte giust., 15 luglio 1964, causa 6/64, in *Racc.*, p. 1129 ss.) e riporta il parere del Servizio giuridico del Consiglio del 22 giugno 2007, che rammenta come «[d]alla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso. Secondo la Corte, tale principio è insito nella natura specifica della Comunità europea. All'epoca della prima sentenza di questa giurisprudenza consolidata [*Costa c. ENEL*, 15 luglio 1964, causa 6/64] non esisteva alcuna menzione di preminenza nel trattato. La situazione è a tutt'oggi immutata. Il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia». Si noti, tuttavia, che tale dichiarazione è priva di carattere giuridico vincolante e, poiché essa non apporta alcuna innovazione rispetto all'*acquis* esistente, la sua mancata formulazione non avrebbe avuto alcuna ripercussione sul principio in parola, così come, per l'appunto, la sua mancata codi-

Se i citati indizi sembrano dimostrare l'esistenza, nell'ambito dell'Unione europea, di una pluralità di elementi contrari all'idea di differenziazione[9], ve ne sono tuttavia altri che, valorizzando proprio tale idea, conducono a ritenere possibili uno o più modelli di integrazione differenziata.

È il caso, ad esempio, del rispetto dell'«identità nazionale» degli Stati membri, sancito dall'art. 4, par. 2, TUE, già art. I-5 del trattato-Costituzione[10], da taluni letto come codificazione del c.d. primato invertito[11], ma anche della riserva degli «aspetti fondamentali dell'ordinamento giuridico penale» di ciascuno Stato membro ai fini di cui ai parr. 3 dell'art. 82 e dell'art. 83 TFUE[12], nonché del principio di sussidiarietà, di cui all'art. 5 TUE. È altresì il caso del motto dell'Unione eu-

ficazione nel testo dei trattati non mette in discussione la giurisprudenza consolidata che sancisce il primato del diritto dell'Unione su quelli nazionali, anche costituzionali.

[9] Sulla distinzione tra la nozione di integrazione differenziata e quella di differenziazione, nel senso di una più ampia portata della seconda, cfr. C. GUILLARD, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, cit., spec. p. 3 ss.

[10] Significativo appare, in tal senso, anche il preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in *GUUE* C 326, del 26 ottobre 2012, p. 393 ss., che afferma che «[l]'Unione contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo di [...] valori comuni nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d'Europa, nonché dell'identità nazionale degli Stati membri e dell'ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale, regionale e locale [...]». Per una rassegna delle disposizioni dei trattati a tutela delle identità e dei valori nazionali, cfr. P. LÉGER, *La Cour de justice de l'Union européenne garante de la primauté et du respect des identités et valeurs nationales?*, in *Europe. Actualité du droit de l'Union européenne*, Supplément au n° 7, 2014, p. 34 s.

[11] In tal senso cfr., ad esempio, M. CARTABIA, *"Unita nella diversità": il rapporto tra la Costituzione europea e le Costituzioni nazionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2005, p. 606 ss.; A. RUGGERI, *Trattato costituzionale, europeizzazione dei "controlimiti" e tecniche di risoluzione delle antinomie tra diritto comunitario e diritto interno (profili problematici)*, 2005, consultabile all'indirizzo internet: http://www. forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/223.pdf. Per una critica a tale impostazione cfr. A. TIZZANO, *Il nuovo ruolo delle Corti supreme nell'ordine politico e istituzionale: la Corte di giustizia dell'UE*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 811 ss., spec. p. 830 ss., che nega espressamente che l'art. 4, par. 2, TUE codifichi i controlimiti ed afferma che tale previsione attribuisce piuttosto alla Corte di giustizia il controllo sul rispetto, da parte dell'Unione, dell'obbligo, posto da tale norma, di rispettare le identità costituzionali nazionali. Per un'analisi dettagliata dell'art. 4, par. 2, TUE cfr. A. VON BOGDANDY, S. SCHILL, *Overcoming Absolute Supremacy: Respect for National Identity under Lisbon Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 1417 ss.; G. VAN DER SCHYFF, *The Constitutional Relationship between the European Union and its Member States: The Role of National Identity in Article 4 (2) TEU*, in *European Law Review*, 2012, p. 563 ss.; F. VECCHIO, *Primazia del diritto europeo e salvaguardia delle identità costituzionali*, Torino, 2012.

[12] Sul freno di emergenza previsto da tali disposizioni e la correlata clausola di accelerazione cfr. E. HERLIN-KARNELL, *The Lisbon Treaty and the Area of Criminal Law and Justice*, 2008, consultabile all'indirizzo internet: http://www.sieps.se/ sites/default/files/421-20083epa.pdf.

ropea, «unita nella diversità»[13], facente parte dei simboli di cui all'art. I-8 del trattato-Costituzione, oggi richiamati – benché soltanto da alcuni Stati membri – nella dichiarazione finale n. 52; motto che, proprio in quanto simbolo, calato in un contesto "costituzionale", si arricchisce di un valore evocativo particolarmente forte.

Con riferimento alle fonti, poi, immediato è il richiamo ad uno strumento di diritto derivato quale la direttiva, che implica un'armonizzazione, risultato ben diverso dall'unificazione realizzata dal regolamento. E anche quando il legislatore dell'Unione ricorre all'ormai consolidata tecnica della c.d. direttiva "dettagliata" – ciò implicando, almeno apparentemente, una riduzione della discrezionalità degli Stati membri in sede di recepimento –, esso utilizza altresì, non di rado, una tecnica fondata su *options and permissions*: gli atti in questione, in altri termini, rimettono agli Stati – *rectius*, alle autorità nazionali, spesso di carattere secondario – il compito di colmare aspetti non sempre marginali della disciplina, con effetti talvolta distorsivi del *level playing field*. Esempi in tal senso sono riscontrabili in alcune recenti direttive in materia bancaria, come la *Capital Requirements Directive* (*CRD*)[14], nonché financo nel regolamento ad essa abbinato (*CRR*)[15]. Altrettanto emblematiche sono le direttive che prevedono un'armonizzazione minima, ovvero una tutela attestata ad un minimo comune denominatore, lasciando agli Stati la possibilità di incrementare il livello di detta tutela[16].

Un discorso a parte, per quanto attiene agli atti di diritto derivato, meritano le decisioni quadro, scomparse, come noto, dal panorama del diritto di nuova produzione con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona, ma non per questo divenute inefficaci[17]. Le decisioni quadro appaiono

[13] Per una ricostruzione delle origini e del significato di tale locuzione, cfr. C. CURTI GIALDINO, *Unita nella diversità. Brevi considerazioni sul motto dell'Unione europea*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2004, p. 653 ss.

[14] Cfr. direttiva 2013/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, sull'accesso all'attività degli enti creditizi e sulla vigilanza prudenziale degli enti creditizi e sulle imprese di investimento, che modifica la direttiva 2002/87/CE e abroga le direttive 2006/48/CE e 2006/49/CE, in *GUUE* L 176, del 27 giugno 2013, p. 338 ss.

[15] Cfr. regolamento (UE) n. 575/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, relativo ai requisiti prudenziali per gli enti creditizi e le imprese di investimento e che modifica il regolamento (UE) n. 648/2012, *ivi*, p. 1 ss.

[16] Benché, poi, tale incremento possa risultare difficilmente praticabile in concreto, come dimostra la sentenza *Melloni* (Corte giust., 26 febbraio 2013, causa C-399/11), su cui v. *infra*, § 4.1.3.

[17] Precisamente, come previsto dall'art. 9 del protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie, allegato a TUE e TFUE, gli effetti delle decisioni quadro, quali atti adottati in base al trattato sull'Unione europea prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, «saranno mantenuti finché tali atti non saranno stati abrogati, annullati o modificati in applicazione dei trattati».

significative, sempre nel senso di una tendenza alla valorizzazione della (o delle) diversità, da un lato in ragione del fatto che, come le direttive, lasciano discrezionalità agli Stati membri in sede di trasposizione e, a differenza degli atti "comunitari", non possono mai produrre effetto diretto (ciò, forse, aumentando le differenze normative dei sistemi nazionali, specie qualora non si sia proceduto alla trasposizione); dall'altro lato, in considerazione del fatto che almeno quelle finalizzate ad assicurare l'operatività del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali prevedono, di regola, la possibilità, per gli Stati membri, di mantenere in vigore o elaborare accordi o intese finalizzati ad ulteriormente semplificare il meccanismo di cooperazione (già) semplificato – rispetto ai tradizionali accordi internazionali – disciplinato all'interno delle decisioni quadro stesse[18].

Ancora, sempre con riguardo alle fonti, si pensi alla possibilità di entrata in vigore provvisoria, prevista per i cc.dd. accordi misti, con riferimento alle sole parti contraenti che li abbiano ratificati, nonché per le convenzioni concluse nell'ambito dell'ex terzo pilastro, ai sensi dell'art. 34, par. 2, lett. *d*), TUE pre-Lisbona[19]; possibilità che comporta inevitabilmente una diversificazione, ancorché temporanea, del tessuto normativo applicabile.

Infine, non può non menzionarsi, ancora una volta, l'attività della Corte di giustizia, che, nell'ambito dell'esercizio della richiamata funzione di garanzia dell'uniformità interpretativa, pur definendo la regola di principio, la consegna poi al giudice nazionale, sempre più spesso attraverso una formulazione che richiede a quest'ultimo un esercizio di "discrezionalità" vieppiù ampio, difficile, incerto e, in quanto tale, fatalmente influenzato dalle specificità del sistema nazionale di appartenenza.

[18] Un esempio, in tal senso, è ravvisabile nella decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, in *GUCE* L 190, del 18 luglio 2002, p. 1 ss., il cui art. 31, par. 2, prevede che gli Stati membri possano (*i*) continuare ad applicare gli accordi o intese bilaterali o multilaterali vigenti al momento dell'adozione di detta decisione quadro, ovvero (*ii*) concludere accordi o intese bilaterali o multilaterali dopo l'entrata in vigore di quest'ultima, nella misura in cui, in entrambi i casi, tali accordi o intese bilaterali o multilaterali «consent[a]no di approfondire o di andare oltre gli obiettivi [della decisione quadro stessa] e contribuisc[a]no a semplificare o agevolare ulteriormente la consegna del ricercato».

[19] Tale disposizione prevedeva, infatti, che «[s]alvo disposizioni contrarie da esse previste, le convenzioni, una volta adottate da almeno la metà degli Stati membri, entrano in vigore per detti Stati membri».

2. Ratio*, origini e sviluppo dell'applicazione non uniforme del diritto dell'Unione europea*

Benché già il trattato CEE contenesse disposizioni, sia pure piuttosto specifiche, tese a differenziare l'applicazione del diritto comunitario[20], le origini dell'integrazione differenziata[21] vengono fatte risalire, in genere, al trattato di Maastricht[22], che iscrisse nelle disposizioni pattizie l'Unione economica e monetaria (UEM) – da una parte, prevedendo la possibilità di partecipare alla moneta unica soltanto per gli Stati in possesso di specifici requisiti economici e giuridici e, dall'altra parte, concedendo a Regno Unito e Danimarca la facoltà di non prendere parte alla terza fase dell'UEM – ed introdusse disposizioni relative al settore delle politiche sociali nel protocollo n. 14[23] – che autorizzava gli Stati membri, ad eccezione del Regno Unito, a fare ricorso alle istituzioni, alle procedure e ai meccanismi previsti dai trattati per mettere in atto l'Accordo sulla Politica Sociale allegato al protocollo stesso – invece che nel corpo del trattato, a causa del veto posto, appunto, dal Regno Unito[24].

Invero, dunque, nonostante, come si è visto, dell'integrazione differenziata siano rintracciabili radici in alcuni tratti specifici del sistema "comunitario", il suo sviluppo costituisce un fenomeno relativamente nuovo, diventato vieppiù pervasivo soltanto negli ultimi anni, in corrispondenza con l'emergere di due tendenze principali: l'allargamento (*widening*) dell'Unione, mediante l'estensione dei suoi confini geografici, con l'ingresso di nuovi Stati; e l'approfondimento (*deepening*) delle sue competenze, attraverso una continua espansione dei confini "materiali" delle politiche europee[25]. Da un lato, dunque, vi è la necessità di

[20] Si pensi, ad esempio, agli artt. 82 e 92, par. 2, lett. *c*), del trattato CEE, su cui v. *infra*, § 4.1.3.

[21] Per un'analisi sulle origini dell'integrazione differenziata, cfr., per tutti, C. GUILLARD, *L'intégration différenciée dans l'Union européenne*, cit., spec. p. 33 ss.

[22] Trattato sull'Unione europea, firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1° novembre 1993 (in *GUCE* C 191, del 29 luglio 1992, p. 1 ss.).

[23] Cfr. protocollo n. 14 sulla politica sociale, allegato al trattato di Maastricht.

[24] Il trattato di Amsterdam, firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999 (in *GUCE* C 340, del 10 novembre 1997, p. 1 ss.) traspose il citato protocollo nel testo dei trattati, ricomprendendo, dunque, anche il Regno Unito nel suo ambito di applicazione.

[25] Cfr., per tutti, F. SCHIMMELFENNIG, T. WINZEN, *Instrumental and Constitutional Differentiation in the European Union*, cit., i quali collegano l'allargamento e l'approfondimento a due strumenti principali, ossia, rispettivamente, i trattati di adesione e i trattati di riforma. Con particolare riguardo ai temi dell'allargamento e dell'approfondimento, cfr. gli articoli contenuti nel n. 5/2014 (*special issue - The European Union: wider and deeper?*) del *Journal of European Public Policy*, in specie il contributo

inglobare nuove diversità, caratterizzanti gli Stati membri di recente adesione; dall'altro lato, le competenze sempre maggiori dell'Unione hanno fatto sì che la sua azione intaccasse settori degli ordinamenti nazionali rispetto ai quali si pongono specificità inedite, in passato non altrettanto avvertite.

Si è affermata, così, l'esigenza di un compromesso, sia in senso territoriale, sia in senso materiale, che possa rispondere ad un bisogno di flessibilità, per reagire alle crescenti eterogeneità del sistema. È in quest'ottica che si giustifica, entro certi limiti, la scelta di sacrificare l'*acquis communautaire* (su cui si tornerà *infra*, § 5) sull'altare della "prosecuzione" dell'integrazione, tale obiettivo divenendo quasi un bene in sé, da perseguirsi anche laddove ad essa non partecipino, sempre e comunque, tutti gli Stati membri, ma un numero più ridotto (e variamente combinato, a seconda delle loro specificità costituzionali) di essi. Si ammette, quindi, sempre più frequentemente, la possibilità di ricorrere a forme di integrazione differenziata, per evitare il rischio di un ravvicinamento al ribasso delle legislazioni nazionali, al contempo assicurando comunque l'efficienza del processo decisionale e consentendo l'evoluzione dell'ordinamento dell'Unione, anche al prezzo di una sua maggiore frammentazione.

3. *Il tema definitorio e i problemi di classificazione*

Sotto il profilo definitorio, l'integrazione differenziata si presta ad essere oggetto di una pluralità di formule descrittive[26]. Adottando l'approccio intuitivo di cui *supra* (§ 1), ad essa può essere ricondotto qualsiasi elemento di flessibilità introdotto nel processo di integrazione europea e, dunque, in senso ampio, ciascuna ipotesi di applicazione non uniforme di un precetto normativo "comunitario". È evidente, peraltro, che questo tipo di approccio dà origine ad un problema di classificazione, ma ancor prima di individuazione, dei vari episodi di integrazione differenziata. Effettivamente, in dottrina tali problemi sono stati posti ed affrontati: se, sul fronte dell'individuazione, si è arrivati a contare addi-

di F. SCHIMMELFENNIG, *EU enlargement and differentiated integration: discrimination or equal treatment?*, *ivi*, p. 681 ss.

[26] Per una sintesi delle diverse categorizzazioni proposte in dottrina, cfr. K. HOLZINGER, F. SHIMMELFENNIG, *Differentiated Integration in the European Union: Many Concepts, Sparse Theory, Few Data*, cit.

rittura 194 casi di integrazione differenziata[27], il tema classificatorio è stato declinato secondo diverse prospettive.

Facendo riferimento ad una risalente ed assai nota definizione, l'integrazione differenziata può essere classificata, considerando le ragioni ad essa sottese, sulla base di tre parametri: tempo, spazio e materia[28].

La classificazione fondata sul *tempo* descrive la c.d. Europa a più velocità, dove alcuni Stati "viaggiano" ad una velocità standard, mentre altri Stati procedono più lentamente o, comunque, necessitano di un periodo più lungo per raggiungere il medesimo livello di integrazione. Essa è declinata, ad esempio, nelle disposizioni dei trattati di adesione, che, come noto, contengono in genere una disciplina transitoria, ai sensi della quale non tutte le disposizioni si applicano immediatamente al nuovo Stato, essendo previsto un certo lasso di tempo per consentire ad esso di conformarsi integralmente all'*acquis*.

La classificazione secondo lo *spazio* identifica la c.d. Europa a cerchi concentrici, o a geometria variabile, e se ne ritrova un esempio nelle clausole di *opting out* iscritte nel diritto primario[29], ai sensi delle quali – a fronte della pluralità di Stati membri che partecipano all'integrazione su tutta l'area delle competenze – alcuni Stati decidono di restare al di fuori del "cerchio più grande", prendendo parte soltanto ad alcuni ambiti delle politiche dell'Unione.

Infine, la classificazione per *materia* delinea la c.d. Europa *à la carte*, nella quale taluni Stati partecipano stabilmente soltanto ad alcune materie centrali – inerenti, in linea di principio, soprattutto al mercato interno – riservandosi, con riferimento alle altre materie, la libertà di effettuare una scelta sulla base del singolo atto. Tali Stati, dunque, per queste materie "non centrali", valutano caso per caso se prendere parte o meno ad ogni specifico episodio di integrazione, a seconda dei rispettivi costi

[27] Cfr. F. SCHIMMELFENNIG, T. WINZEN, *Instrumental and Constitutional Differentiation in the European Union*, cit., spec. p. 364., i quali precisano di tenere conto di tutte le differenziazioni avviate a partire dal 1958 e rimaste in vigore per almeno un anno, operando, poi, un'ulteriore distinzione tra quelle introdotte attraverso trattati di riforma (82) e quelle realizzate mediante trattati di adesione (112).

[28] A. STUBB, *A Categorization of Differentiated Integration*, cit. Critici rispetto a tale impostazione, in ragione del fatto che spazio e materia sono entrambi, per definizione, sempre coinvolti in qualsiasi episodio di differenziazione, K. HOLZINGER, F. SHIMMELFENNIG, *Differentiated Integration in the European Union*, cit., spec. p. 296, i quali propongono, invece, di distinguere tra la seconda e la terza categoria sulla base dell'appartenenza fissa ovvero flessibile, da parte degli Stati membri, ad un regime differenziato.

[29] *Amplius*, v. *infra*, § 4.3.

economici, sociali e politici, che l'adozione di quel determinato atto comporta.

Vi è, poi, chi distingue tra integrazione differenziata di tipo *strumentale* e di natura *costituzionale*[30]: la prima è funzionale al conseguimento degli obiettivi generali previsti dai trattati, rappresentando, dunque, un "male minore" – di regola, di natura transitoria e quindi destinato ad essere colmato – che si accetta per realizzare un avanzamento complessivo del processo di integrazione; la seconda, invece, conduce ad un diverso statuto per ciascuno Stato membro, connotandolo in modo peculiare e distinto, in funzione delle specificità che caratterizzano l'identità costituzionale e politica di quel singolo Stato. Questa seconda tipologia di integrazione differenziata, che ha più frequentemente carattere permanente, è spesso il prezzo che il percorso di integrazione paga a "rigurgiti di sovranità" e ha senza dubbio un impatto sul principio di eguaglianza tra Stati membri.

4. *Gli strumenti attraverso cui si realizza l'integrazione differenziata*

I criteri classificatori cui si è fatto riferimento attengono, invero, più propriamente alla scienza della politica. Sul piano strettamente giuridico, assume maggiore rilievo una distinzione fondata sugli strumenti mediante i quali si possono realizzare le diverse forme di integrazione differenziata: (*i*) internamente ai trattati, ovvero (*ii*) al loro esterno. Di seguito si prenderà in esame anzitutto la prima ipotesi, distinguendo tra integrazione differenziata "positiva" e "negativa"; successivamente, si concentrerà l'attenzione sulla seconda ipotesi, individuando le caratteristiche della differenziazione conseguibile all'esterno dei trattati.

4.1. L'integrazione differenziata all'interno dei trattati

Come si è anticipato, nell'ambito di questa prima categoria la creazione e l'applicazione del "diritto differenziato" avvengono utilizzando la stessa struttura istituzionale dell'Unione europea, in conformità ad una serie di limitazioni "legali" poste dalla normativa primaria.

Quanto alle forme "interne" di integrazione differenziata, il sistema ne conosce sostanzialmente *due tipologie*: quella che, rispondendo alle finalità suesposte, può definirsi "*positiva*" e dovrebbe essere tendenzial-

[30] Cfr. F. SCHIMMELFENNIG, T. WINZEN, *Instrumental and Constitutional Differentiation in the European Union*, cit., spec. p. 360 ss.

mente transitoria (come avviene per gli Stati che aderiscono all'Unione, che, come detto, solo per un limitato periodo di tempo si vedono vincolati a regole parzialmente differenti rispetto a quelle che obbligano la generalità degli Stati membri), avendo quale obiettivo ultimo quello di garantire la progressiva adesione di tutti gli Stati membri alla misura originariamente vincolante un numero ridotto di essi; e quella c.d. "*negativa*", che legittima uno o più Stati membri a sottrarsi all'applicazione di misure di diritto dell'Unione in una certa materia, secondo clausole di *opting out* presenti nei trattati (*rectius*, nei protocolli ad essi allegati).

4.1.1. L'integrazione differenziata "positiva"

Il principale esempio di integrazione differenziata positiva iscritta nel diritto primario è fornito dalle cooperazioni rafforzate[31], strumento

[31] In merito alle cooperazioni rafforzate in generale, cfr., senza alcuna pretesa di esaustività, F. CHALTIEL, *Le Traité d'Amsterdam et la coopération renforcée*, in *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1998, p. 289 ss.; G. GAJA, *La cooperazione rafforzata*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1998, p. 317 ss.; ID., *How Flexible is Flexibility under the Amsterdam Treaty?*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 855 ss.; H. KORTENBERG, *Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam*, in *Common Market Law Review*, 1998, p. 833 ss.; E. PHILIPPART, G. EDWARDS, *The Provisions on Closer Co-operation in the Treaty of Amsterdam: The Politics of Flexibility in the European union*, in *Journal of Common Market Studies*, 1999, p. 87 ss.; H. BRIBOSIA, *Les coopérations renforcées au lendemain du traité de Nice*, in *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2001, p. 111 ss.; A. TIZZANO, *Cooperazione rafforzata e flessibilità*, in *Il diritto dell'Unione europea*, cit.; L.S. ROSSI, *Cooperazione rafforzata e Trattato di Nizza: quali geometrie per l'Europa allargata?*, in A. TIZZANO (a cura di), *Il Trattato di Nizza. Quaderni della rivista Il diritto dell'Unione europea*, Milano, 2003, p. 41 ss.; J. SHAW, *Flexibility in a "Reorganized" and "Simplified" Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2003, p. 279 ss.; G. CANIVET, J. PISANI-FERRY B. RACINE, P. BUFFOTOT, (sous la direction de), *Perspectives de la coopération renforcée dans l'Union européenne*, Commissariat général du plan, Paris, 2004; A. CANNONE, *Le cooperazioni rafforzate: contributo allo studio dell'integrazione differenziata*, Bari, 2005; H. BRIBOSIA, *Les coopérations renforcées: quel modèle d'intégration différenciée pour l'Union européenne?*, Istituto universitario europeo, 2007; F. AMTENBRINK, D. KOCHENOV, *Towards a More Flexible Approach to Enhanced Cooperation*, in A. OTT, E. VOS (eds.), *50 Years of European Integration: Foundations and Perspectives*, The Hague, 2009, p. 181 ss.; G. TIBERI, *L'integrazione differenziata e le cooperazioni rafforzate nell'Unione europea*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, p. 303 ss.; EDITORIAL COMMENTS, *Enhanced Cooperation: A Union* à taille réduite *or* à porte tournante*?*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 317 ss.; O. FERACI, *L'attuazione della cooperazione rafforzata nell'Unione Europea: un primo bilancio critico*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 955 ss.; L.S. ROSSI, *Commento agli artt. 20 TUE e 326-334 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, 2ª ed., Milano, 2014, pp. 216 ss. e 2426 ss.; G. ROSSOLILLO, *Cooperazione rafforzata e Unione economica e monetaria: modelli di flessibilità a confronto*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 325 ss.

introdotto dal trattato di Amsterdam e modificato, dapprima, dal trattato di Nizza e, successivamente, dal trattato di Lisbona, nel segno di una progressiva semplificazione dell'istituto, nonché di un allentamento della rigidità delle condizioni necessarie per la sua instaurazione. Le cooperazioni rafforzate consentono ad alcuni Stati membri di realizzare forme più avanzate di integrazione – aperte, come si vedrà *infra*, alla successiva partecipazione degli altri Stati membri – avvalendosi delle istituzioni, delle garanzie e dei controlli propri del sistema giuridico dell'Unione.

La disciplina dell'istituto in esame – contenuta, a partire dall'entrata in vigore del trattato di Lisbona, nel titolo IV del TUE, che comprende il solo art. 20 TUE, e nel titolo III della parte sesta del TFUE, composto dagli artt. da 326 a 334 TFUE, fatte salve talune ipotesi peculiari, di cui si tratterà *infra*, nei settori (*i*) della politica di sicurezza e di difesa comune e (*ii*) della cooperazione giudiziaria in materia penale – pone, *inter alia*, obiettivi e limiti ben precisi. Gli obiettivi che devono essere necessariamente perseguiti da ciascuna cooperazione rafforzata sono: promuovere gli obiettivi dell'Unione, proteggere i suoi interessi e, più in generale, rafforzare il suo processo di integrazione (art. 20, par. 1, comma 2°, TUE). Quanto ai limiti, alla previsione dell'art. 20, par. 1, comma 1°, TUE, secondo cui le cooperazioni rafforzate possono essere instaurate soltanto «nel quadro delle competenze non esclusive dell'Unione», si aggiungono le condizioni dettate dagli artt. 326 e 327 TFUE. Da un lato, ai sensi dell'art. 326 TFUE, le cooperazioni rafforzate devono rispettare i trattati e il diritto dell'Unione, così come il mercato interno e la coesione economica, sociale e territoriale, cui non devono recare pregiudizio; esse non possono, inoltre, rappresentare un ostacolo né una discriminazione per gli scambi tra Stati membri, né possono provocare distorsioni concorrenziali tra questi ultimi. Dall'altro lato, a norma dell'art. 327 TFUE, dette cooperazioni «rispettano le competenze, i diritti e gli obblighi degli Stati membri che non vi partecipano», i quali, a loro volta, non ne ostacolano l'attuazione da parte degli Stati partecipanti. Sono, infine, previsti, all'art. 334 TFUE, obblighi di coerenza delle azioni intraprese nel quadro di una cooperazione rafforzata, nonché tra dette azioni e le politiche generali dell'Unione; obblighi sui quali vigilano il Consiglio e la Commissione[32].

Ancora più rilevante, rispetto ai citati obiettivi e limiti, per qualificare l'istituto in questione come esempio di integrazione differenziata positiva, spiegandone la natura "funzionale" alla realizzazione degli obiettivi

[32] Un ulteriore controllo circa la coerenza delle cooperazioni rafforzate è altresì previsto, in ambito PESC, da parte dell'alto rappresentante e della Commissione, ai sensi dell'art. 329, par. 2, TFUE, come si vedrà *infra*, in questo §.

di integrazione generale, è il presupposto c.d. di *last resort*, in base al quale il Consiglio adotta (a maggioranza qualificata) la decisione che autorizza la cooperazione rafforzata «*in ultima istanza*» (art. 20, par. 2, TFUE, corsivo aggiunto), qualora esso stabilisca che gli obiettivi di tale cooperazione non possono essere conseguiti «entro un termine ragionevole»[33] dall'Unione europea nel suo insieme. Detto presupposto comporta un'attenuazione del regime precedente, poiché l'art. 43, par. 1, lett. *c*), TUE pre-Lisbona richiedeva che non fosse stato possibile raggiungere gli obiettivi dei trattati «applicando le procedure pertinenti ivi contemplate», ponendo, quindi, con una formulazione maggiormente vincolante, un requisito procedurale più preciso e stringente[34]. La lettera dell'attuale art. 20, par. 2, TUE, invece, attribuisce una più ampia discrezionalità politica al Consiglio[35], ciò che rischia però di ridurre le potenzialità del dibattito politico, specie nelle situazioni in cui gli Stati membri concordino sull'opportunità dell'azione da intraprendere, ma divergano sui suoi contenuti[36]. La Corte di giustizia ha confermato il rafforzamento di detta discrezionalità, osservando che il Consiglio, nel prendere la decisione definitiva di autorizzazione di una cooperazione rafforzata, è il *mieux placé*, si trova cioè nella posizione più appropriata per va-

[33] *Ibid*.

[34] Cfr. le conclusioni dell'avvocato generale Bot dell'11 dicembre 2012 relative alle cause riunite C-274/11 e C-295/11, *Spagna e Italia c. Consiglio*, punto 111, a giudizio del quale sembrerebbe che il requisito di ultima istanza non consista necessariamente nel rigetto, tramite votazione, di una proposta normativa, bensì nel verificarsi «di un vero e proprio blocco che potrebbe intervenire a tutti i livelli del processo legislativo e che dimostra l'impossibilità di arrivare a un compromesso». La Corte di giustizia, nella sentenza del 16 aprile 2013, cause riunite C-274/11 e C/295/11, *Spagna e Italia c. Consiglio*, richiamando le citate conclusioni dell'avvocato generale Bot dell'11 dicembre 2012, ha statuito (punto 50) che i termini «in ultima istanza» mettono in rilievo che «solamente situazioni caratterizzate dall'impossibilità di adottare una normativa [per l'Unione nel suo insieme] in un futuro prevedibile possono condurre all'adozione di una decisione che autorizza una cooperazione rafforzata». Pare potersi ravvisare un'interpretazione ancora più ampia di detto requisito nella nota di trasmissione del Praesidium del 14 maggio 2003, sulle cooperazioni rafforzate (CONV 723/03), consultabile all'indirizzo internet: http://www.europarl.europa.eu/meetdocs_all/committees/conv/20030520/723000it.pdf, spec. p. 18, secondo cui esso consentirebbe di prescindere non solo dal fallimento di una procedura preliminare che coinvolga tutti gli Stati membri, ma financo dall'avvio di una siffatta procedura. In tal senso, cfr. altresì G. TIBERI, *L'integrazione differenziata e le cooperazioni rafforzate nell'Unione europea*, cit., spec. p. 317.

[35] Cfr. EDITORIAL COMMENTS, *Enhanced Cooperation: A Union* à taille réduite *or* à porte tournante*?*, cit., spec. p. 319.

[36] Cfr. O. FERACI, *L'attuazione della cooperazione rafforzata nell'Unione Europea: un primo bilancio critico*, cit., spec. p. 963, che ritiene contestabile, a tale riguardo, l'«orientamento estensivo» fatto proprio da Corte giust., 16 aprile 2013, cause riunite C-274/11 e C-295/11, *Spagna e Italia c. Consiglio*, punto 50.

lutare «se gli Stati membri mostrino la volontà di un compromesso e siano in grado di presentare proposte che possano condurre, in un futuro prevedibile, all'adozione di una normativa per l'Unione nel suo insieme»[37]. Nell'ambito di una procedura che assicura un pieno coinvolgimento delle istituzioni – essendo affidato alla Commissione il ruolo di presentare una proposta di cooperazione rafforzata, al Parlamento quello di approvarla previamente alla decisione di autorizzazione del Consiglio, sulla quale (come sugli atti successivi, nonché sui comportamenti degli Stati e delle istituzioni dell'Unione, nell'ambito di detta cooperazione) è previsto il controllo della Corte di giustizia – è attribuita una discrezionalità davvero ampia in capo al Consiglio, tanto più che il controllo giurisdizionale sull'atto che autorizza la cooperazione rafforzata è, di fatto, molto limitato. La Corte, invero, esercita un sindacato di legittimità rispetto ad un atto meramente autorizzativo di una cooperazione, di cui ancora non sono noti i contenuti, potendo quindi soltanto verificare, in questa prima fase, il rispetto delle procedure[38]. La sensazione di una sostanziale (relativa) insindacabilità è rafforzata dalla constatazione che gli obblighi di motivazione imposti al Consiglio in sede di autorizzazione della cooperazione rafforzata sono attenuati, essendo sufficiente una motivazione sommaria, poiché, secondo l'interpretazione data dalla Corte, la relativa decisione si inserisce in un contesto ben noto agli interessati, cioè gli Stati[39]. Tale impostazione non è, peraltro, del tutto convincente, in quanto sembra tradire la *ratio* della motivazione dell'atto, come tradizionalmente intesa dalla giurisprudenza "comunitaria", ossia quale forma di tutela non soltanto per l'amministrato, ma anche, e forse soprattutto, per le esigenze generali di controllo giurisdizionale[40], in tale contesto as-

[37] Corte giust., 16 aprile 2013, cause riunite C-274/11 e C/295/11, *Spagna e Italia c. Consiglio*, punto 53.

[38] Cfr. le citate conclusioni dell'avvocato generale Bot dell'11 dicembre 2012, punti 26-29, il quale si esprime favorevolmente in ordine a tale controllo ristretto, in ossequio al principio fondamentale della separazione dei poteri, al fine di evitare che la Corte usurpi la funzione normativa del Consiglio. Cfr. inoltre O. FERACI, *L'attuazione della cooperazione rafforzata nell'Unione Europea: un primo bilancio critico*, cit., spec. p. 961.

[39] Cfr. Corte giust., 16 aprile 2013, cause riunite C-274/11 e C/295/11, *Spagna e Italia c. Consiglio*, punto 58, ove è richiamata la sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 2012, causa C-335/09 P, *Polonia c. Commissione*, punto 152.

[40] Cfr. Corte giust., 4 luglio 1963, causa 24/62, *Germania c. Commissione*, in *Racc*., p. 129; 14 febbraio 1990, causa 350/88, *Société française des biscuits Delacre SA e a. c. Commissione*, in *Racc.*, p. 395, punto 15; 4 febbraio 1997, cause riunite C-9/95, C-23/95, C-156/95, *Belgio e Germania c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-645, punto 44. Peraltro, in talune pronunce più recenti la Corte pare ridimensionare la portata di tale profilo, con riguardo alla motivazione degli atti. Cfr., in tal senso, Corte giust., 11 settembre 2003, causa 445/00, *Austria c. Consiglio*, in *Racc.*, p. I-8549, punto 99, ove la Corte af-

sai rilevanti, con particolare riguardo agli Stati membri non "cooperatori".

Pur rappresentando, indubbiamente, una forma di differenziazione del quadro normativo dell'Unione, le cooperazioni rafforzate, come concepite nei trattati, sono caratterizzate da una tendenziale tensione verso l'*estensione* del modello, da esse emblematicamente incarnato, di integrazione "privilegiata", al fine di conseguire la partecipazione del numero più ampio possibile di Stati membri[41]. Ciò emerge da una pluralità di elementi specifici della disciplina dell'istituto in esame. In primo luogo, infatti, l'art. 328, par. 1, comma 1°, TFUE dispone che le cooperazioni rafforzate, al momento della loro instaurazione, «sono aperte a tutti gli Stati membri», fatto salvo, naturalmente, il rispetto delle (eventuali) condizioni stabilite, per la partecipazione, dalla decisione di autorizzazione. Alla stessa condizione, oltre che al rispetto degli atti già adottati nell'ambito della singola cooperazione in questione, è soggetta la partecipazione successiva, che «resta [...] possibile in qualsiasi altro momento», per tutti gli Stati inizialmente non aderenti[42]. Il secondo comma dell'art. 328, par. 1, TFUE pone, inoltre, un dovere di *best effort* in capo alla Commissione e agli Stati che sono già parte di una cooperazione rafforzata, i quali si adoperano al fine di promuovere la partecipazione del «maggior numero possibile di Stati membri»[43]. Infine, conformemente a questa impostazione, da una parte, l'esclusione permanente di uno Stato membro non è concepibile; dall'altra parte, la partecipazione è tenden-

ferma che «l'accertamento del fatto che la motivazione di una decisione soddisfi o meno le condizioni di cui all'art. 253 CE [attuale art. 296 TFUE] va effettuato non solo alla luce del suo tenore, ma anche del suo contesto, nonché del complesso delle norme giuridiche che disciplinano la materia. Ciò vale a maggior ragione nei casi in cui gli Stati membri siano stati strettamente associati al procedimento di elaborazione dell'atto controverso e conoscano pertanto le ragioni che vi stanno alla base»; nonché Corte giust., 9 settembre 2004, causa C-304/01, *Spagna c. Commissione*, in *Racc.*, p. I-7655, punto 50, ove, sulla scorta di analoghe considerazioni, è precisato che la motivazione «non deve necessariamente specificare tutti gli elementi di diritto e di fatto pertinenti».

[41] Cfr. EDITORIAL COMMENTS, *Enhanced Cooperation: A Union* à taille réduite *or* à porte tournante*?*, cit., spec. p. 321 s.

[42] È evidente la differenza tra il principio di apertura cui sono soggette le cooperazioni rafforzate e la rigidità che caratterizza i regimi di *opting out*, che, una volta entrati in vigore, possono essere abrogati, con riferimento ad uno o più Stati membri, solo mediante una revisione dei trattati. Cfr. H. KORTENBERG, *Closer Cooperation in the Treaty of Amsterdam*, cit., spec. p. 834; N. VON ONDARZA, *Strengthening the Core of Splitting Europe? – Prospects and Pitfalls of a Strategy of Differentiated Integration*, cit., spec. p. 10.

[43] Cfr. G. TIBERI, *L'integrazione differenziata e le cooperazioni rafforzate nell'Unione europea*, cit., p. 322, che, con riferimento all'art. 328, par. 1, secondo comma, sottolinea la «natura inclusiva» dello strumento delle cooperazioni rafforzate.

zialmente irreversibile, a partire dal momento in cui la Commissione presenta la proposta di cooperazione al Consiglio, non essendo espressamente previsto il recesso (né la sospensione) di uno Stato membro dalla cooperazione rafforzata[44]. Pertanto, il regime previsto per gli atti "comuni" di diritto derivato – rispetto ai quali, come noto, non è prevista alcuna forma di recesso – si applica anche agli atti adottati in attuazione di una cooperazione rafforzata[45]. Sarà possibile, al più, la modifica o l'abrogazione di questi ultimi[46], oltre ad un'eventuale sentenza della Corte di giustizia che ne dichiari la nullità, all'esito di un'impugnazione *ex* art. 263 TFUE, ovvero l'invalidità, nel contesto di un rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267, comma 1°, lett. *b*), TFUE.

Per quanto concerne le cooperazioni rafforzate nel quadro della politica estera e di sicurezza comune (c.d. PESC), gli articoli 329 e 331 TFUE dettano regole parzialmente differenti, in specie sotto il profilo procedurale. Ai sensi dell'art. 329, par. 2, comma 1°, TFUE, infatti, gli Stati membri che desiderano instaurare una cooperazione rafforzata in detto settore devono presentare la relativa richiesta (non alla Commissione, bensì) al Consiglio, che provvede poi a trasmetterla all'alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza ed alla Commissione, i quali esprimono il proprio parere sulla coerenza della cooperazione rafforzata prevista, rispettivamente, con la politica estera e di sicurezza comune e con le altre politiche dell'Unione. Il ruolo del Parlamento europeo è, invece, del tutto marginale, tale istituzione essendo meramente informata della richiesta presentata dagli Stati aspiranti "cooperatori". L'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata, anche nel settore in questione, è concessa con decisione del Consiglio, che, però, delibera all'unanimità[47]. Il medesimo requisito è altresì richiesto per la decisione – adottata, sempre dal Consiglio, previa consultazione

[44] Vi è, peraltro, chi ritiene ammissibile, a determinate condizioni, tale recesso, cfr. EDITORIAL COMMENTS, *Enhanced Cooperation: A Union* à taille réduite *or* à porte tournante*?*, cit., spec. p. 322 s., nota 11.

[45] Tali atti si distinguono da quelli "comuni" di diritto derivato, oltre che per il fatto di non essere considerati un *acquis* che deve essere accettato dagli Stati candidati all'adesione all'Unione (aspetto sul quale si tornerà *infra*, § 5), unicamente per il fatto di vincolare «solo gli Stati membri partecipanti» (cfr. art. 20, par. 4, TUE).

[46] Cfr. D. THYM, *The Evolution of Supranational Differentiation*, WHI Paper 03/2009, consultabile all'indirizzo internet: http://www.whi-berlin.eu/documents/whi-paper0309.pdf, spec. p. 16, secondo cui, per sottrarre uno Stato all'applicazione degli atti emanati in attuazione di una cooperazione rafforzata, sarebbero necessarie (*i*) l'abrogazione di tali atti e (*ii*) una successiva adozione degli stessi nell'ambito di una nuova procedura di cooperazione rafforzata, da cui siano esclusi gli Stati che non intendono più partecipare.

[47] Cfr. art. 329, par. 2, comma 2°, TFUE.

dell'alto rappresentante per gli affari esteri e la politica di sicurezza e dopo aver constatato, se del caso, il rispetto delle condizioni di partecipazione – che conferma[48] la partecipazione successiva di uno Stato membro ad una cooperazione rafforzata nel quadro della PESC[49], ma in questo caso l'unanimità è costituita «unicamente dai voti dei rappresentanti degli Stati membri partecipanti»[50], secondo la regola generale prevista per le deliberazioni assunte dal Consiglio nell'ambito delle cooperazioni rafforzate.

Ipotesi peculiari di cooperazione, come si è anticipato, sono previste nei settori (*i*) della politica di sicurezza e di difesa comune (c.d. PSDC) e (*ii*) della cooperazione giudiziaria in materia penale.

Con riferimento alla PSDC, che, come noto, costituisce «parte integrante» della PESC[51], l'art. 42, par. 6, TUE, l'art. 46 TUE e il protocollo n. 10[52] disciplinano la «cooperazione strutturata permanente»[53], forma di integrazione differenziata introdotta dal trattato di Lisbona[54] e finalizzata allo sviluppo di capacità militari da parte di un ristretto gruppo di Stati membri[55]. L'istituto in questione, pur essendo anch'esso instaurato con decisione del Consiglio a maggioranza qualificata, si differenzia dalle cooperazioni rafforzate "di diritto comune" sotto vari profili, tra i quali merita di essere ricordata l'espressa previsione della sospensione e del recesso di uno Stato membro. In particolare, ai sensi dell'art. 46, par. 4,

[48] Il Consiglio può inoltre, su proposta dell'alto rappresentante, adottare le misure transitorie necessarie per l'applicazione degli atti già adottati nel quadro della cooperazione rafforzata, ovvero, se ritiene che le condizioni di partecipazione non siano soddisfatte, indicare le disposizioni da adottare per soddisfarle e fissare un termine per il riesame della richiesta di partecipazione (cfr. art. 331, par. 2, comma 2°, TFUE).

[49] Per la partecipazione successiva a cooperazioni rafforzate in corso in settori diversi dalla PESC, ad eccezione, come visto, dei settori di competenza esclusiva, la procedura dettata dall'art. 331, par. 1, TFUE attribuisce, invece, un ruolo preminente alla Commissione, l'intervento del Consiglio essendo soltanto eventuale.

[50] Cfr. art. 330, comma 2°, TFUE, al quale l'art. 331, par. 2, comma 4°, TFUE rinvia espressamente.

[51] Cfr. art. 42, par. 1, TUE.

[52] Protocollo n. 10, allegato al TUE e al TFUE, sulla cooperazione strutturata permanente istituita dall'articolo 42 del trattato sull'Unione europea.

[53] In argomento, cfr. U. VILLANI, *Gli sviluppi del Trattato di Lisbona in materia di politica estera e di sicurezza comune*, in T. VASSALLI DI DACHENHAUSEN (a cura di), *Atti del Convegno in memoria di Luigi Sico*, Napoli, 2011, p. 169 ss., spec. p. 183 ss.; F. FERRARO, *Commento all'art. 46 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, 2ª ed., Milano, 2014, p. 319 ss.

[54] Benché già contenuta negli artt. I-41, par. 6, e III-312 del trattato-Costituzione, nonché nel protocollo n. 23 ad esso allegato.

[55] Non è fissato un numero minimo di Stati partecipanti a detta cooperazione, diversamente da quanto previsto per le cooperazioni rafforzate "comuni", alle quali, ai sensi dell'art. 20, par. 2, TFUE, devono prendere parte almeno nove Stati.

TUE il Consiglio, a maggioranza qualificata, può sospendere la partecipazione di uno Stato membro, se quest'ultimo non soddisfa più i criteri o non può più assolvere gli impegni di cui agli artt. 1 e 2 del protocollo n. 10, che costituiscono i presupposti per l'instaurazione della cooperazione strutturata permanente. Qualora, invece, uno Stato intenda ritirarsi dalla cooperazione in esame, esso notifica la sua decisione al Consiglio, che, in conformità all'art. 46, par. 5, TUE, si limita a prendere atto della cessata partecipazione.

Per quanto concerne, poi, la cooperazione giudiziaria in materia penale, sono previste forme di cooperazioni rafforzate "semplificate", così definite in ragione, come subito si vedrà *infra*, del solo loro speciale meccanismo di instaurazione, poiché, con riferimento a tutti gli altri profili della relativa disciplina, ad esse si applicano le disposizioni generali sulle cooperazioni rafforzate, di cui all'art. 20 TUE e agli artt. 226-334 TFUE. Tra le tre ipotesi di cooperazione rafforzata rientranti nell'ambito in questione, occorre distinguere (*i*) quelle di cui all'art. 82, par. 3, TFUE e all'art. 83, par. 3, TFUE da (*ii*) quella disciplinata dall'art. 86, par. 1, TFUE. Mentre quest'ultima, con specifico riguardo alla possibilità di istituire una Procura europea, non fa altro che individuare nella cooperazione rafforzata uno strumento attraverso cui almeno nove Stati possono "superare" il mancato raggiungimento dell'unanimità in seno al Consiglio, le prime due ipotesi, relative al ravvicinamento delle legislazioni penali, rispettivamente, sul piano processuale e su quello sostanziale, presentano caratteristiche particolarmente interessanti sotto il profilo dell'integrazione differenziata. Tanto l'art. 82, par. 3, TFUE, quanto l'art. 83, par. 3, TFUE, infatti, in termini pressoché identici, prevedono anch'essi una procedura – il c.d. freno di emergenza – che, in caso di *impasse* decisionale, può "sfociare" in una cooperazione rafforzata, ma detta procedura si attiva al verificarsi di una condizione del tutto peculiare e per così dire "negativa" rispetto all'ordinario evolversi del processo di integrazione, vale a dire qualora uno Stato membro ritenga che un progetto di direttiva ai sensi dei citati articoli[56] incida su «aspetti fonda-

[56] Vi è una non perfetta coincidenza tra le due norme in questione, poiché l'art. 82, par. 3, TFUE fa riferimento ai soli progetti di direttiva di cui al par. 2 della medesima disposizione – contrariamente all'art. 83, par. 3, TFUE, che menziona i progetti di direttiva ai sensi di entrambi i paragrafi precedenti –, escludendo così la possibilità di ricorrere al c.d. freno di emergenza (nonché alla successiva clausola di accelerazione, di cui si dirà *infra*) in tutte le aree di cooperazione elencate al par. 1 dell'art. 82 TFUE, prima tra tutte quella costituita dal rafforzamento del principio del reciproco riconoscimento. In argomento, cfr. C. AMALFITANO, *Commento all'art. 82 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, cit., p. 866 ss., spec. p. 896, che accoglie con favore tale

mentali del proprio ordinamento giuridico penale». Tale formula – introdotta dal trattato di Lisbona e già contenuta negli artt. III-270, par. 3, e III-271, par. 3, dal trattato-Costituzione[57] – che senza dubbio specifica il generale «rispetto [...] dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri», assicurato dall'Unione nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia[58], può tuttavia essere altresì considerata espressione del rispetto dell'«identità nazionale» degli Stati membri «insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale», di cui all'art. 4, par. 2, TUE, a quest'ultima essendo riconducibili gli aspetti fondamentali dell'ordinamento giuridico penale[59]. Lo Stato membro che ritenga sussistente la condizione appena vista, con riferimento ad un progetto di direttiva ai sensi dell'art. 82, par. 2, TFUE ovvero dell'art. 83, parr. 1 e 2, TFUE, può chiedere che della questione sia investito il Consiglio europeo, con contestuale sospensione della procedura legislativa (ordinaria) in corso. Entro quattro mesi da tale sospensione, in caso di disaccordo in seno al Consiglio europeo, un gruppo di almeno nove Stati può instaurare una cooperazione rafforzata avvalendosi della c.d. clausola di accelerazione, prevista altresì per l'ipotesi di cui all'art. 86, par. 1, TFUE, cioè semplicemente informando il Parlamento, il Consiglio e la Commissione. In tali casi, infatti, e in ciò sta la natura "semplificata" delle cooperazioni rafforzate in questione, l'autorizzazione di cui all'art. 20, par. 2, TUE e all'art. 329, par. 1, TFUE si considera automaticamente concessa.

4.1.2. Le prime (tre) applicazioni della disciplina sulle cooperazioni rafforzate

Benché, come visto, i trattati prevedano svariate forme di cooperazioni rafforzate, l'istituto in esame ha tardato non poco a trovare applicazione, probabilmente in ragione, *inter alia*, delle condizioni assai restrittive previste, soprattutto prima dell'entrata in vigore del trattato di Li-

esclusione, poiché, essendo il suddetto principio il fondamento della cooperazione giudiziaria, non avrebbe senso disporne un'applicazione differenziata.

[57] È da notare, peraltro, che nella versione del trattato-Costituzione le norme in questione si riferivano all'«ordinamento *giudiziario* penale» (corsivo aggiunto), anziché a quello giuridico.

[58] Cfr. art. 67, par. 1, TFUE.

[59] Questi ultimi, rispetto all'identità nazionale degli Stati membri, parrebbero, peraltro, avere un'estensione minore, quanto meno in ragione del loro carattere prettamente "settoriale".

sbona, per la sua instaurazione[60]. Dal 2010 ad oggi sono state instaurate tre cooperazioni rafforzate, tutte ai sensi della disciplina "comune" di cui all'art. 20 TUE e agli artt. 326-334 TFUE, le quali consentono una valutazione di tale strumento che tenga conto anche della sua dimensione pratica.

La prima cooperazione rafforzata attuata ai sensi dei trattati ha condotto all'adozione, tra quattordici Stati membri[61], poi divenuti sedici[62], di un regolamento in materia di legge applicabile al divorzio e alla separazione legale[63], avente per base giuridica l'art. 81, par. 3, TFUE. Successivamente, sempre mediante ricorso alla procedura in questione, sono stati emanati due regolamenti concernenti l'istituzione di una tutela brevettuale unitaria[64], tra venticinque Stati membri, sulla base dell'art. 118

[60] Cfr., ad esempio, F. AMTENBRINK, D. KOCHENOV, *Towards a More Flexible Approach to Enhanced Cooperation*, cit., spec. p. 3 ss., i quali considerano emblematico, in tal senso, il ricorso, nel 2005, ad una forma di differenziazione "esterna" ai trattati (la convenzione di Prüm, su cui v. *infra*, § 4.2), invece che allo strumento delle cooperazioni rafforzate, per perseguire finalità di lotta contro il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale.

[61] Si tratta, precisamente, di Belgio, Bulgaria, Germania, Spagna, Francia, Italia, Lettonia, Lussemburgo, Ungheria, Malta, Austria, Portogallo, Romania e Slovenia.

[62] In seguito all'adesione della Lituania (cfr. la decisione 2012/714/UE della Commissione, del 21 novembre 2012, in *GUUE* L 323, del 22 novembre 2012, p. 18) e della Grecia (cfr. la decisione 2014/39/UE della Commissione, del 27 gennaio 2014, in *GUUE* L 23, del 28 gennaio 2014, p. 41), che, pur figurando tra gli Stati che avevano presentato la richiesta di cooperazione rafforzata alla Commissione, aveva poi deciso di ritirare la propria richiesta.

[63] Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale (*GUUE* L 343, del 29 dicembre 2010, p. 10), adottato sulla base dell'autorizzazione concessa con la decisione 2010/405/UE del Consiglio, del 12 luglio 2010, che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore del diritto applicabile in materia di divorzio e di separazione legale (*GUUE* L 189, del 22 luglio 2010, p. 12). In proposito, con specifico riguardo ai profili attinenti alla cooperazione rafforzata, cfr. S. PEERS, *Divorce, European Style: The First Authorization of Enhanced Cooperation*, in *European Constitutional Law Review*, 2010, p. 339 ss.; I. OTTAVIANO, *La prima cooperazione rafforzata dell'Unione europea: una disciplina comune in materia di legge applicabile a separazioni e divorzi transnazionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 113 ss.; J.-J. KUIPERS, *The law applicable to divorce as test ground for enhanced cooperation*, in *European Law Journal*, 2012, p. 201 ss.

[64] Regolamento (UE) n. 1257/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 dicembre 2012, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria (*GUUE* L 361, del 31 dicembre 2012, p. 1) e regolamento (UE) n. 1260/2012 del Consiglio, del 17 dicembre 2012, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria con riferimento al regime di traduzione applicabile (*GUUE* L 361, del 31 dicembre 2012, p. 89). La relativa decisione di autorizzazione del Consiglio 2011/167/UE, del 10 marzo 2011 (*GUUE* L 76, del 22 marzo 2011, p. 53) è stata impugnata con ricorsi per annullamento da parte di Spagna e Italia, ricorsi respinti dalla Corte

TFUE. Infine, è stata instaurata una cooperazione rafforzata, ancora in fase di attuazione, nel settore dell'imposta sulle transazioni finanziarie[65], sulla scorta dell'art. 113 TFUE.

Al di là delle singole problematiche rilevanti nei tre diversi casi di cui sopra, le prime applicazioni delle cooperazioni rafforzate forniscono chiarimenti non secondari circa l'impatto di tale istituto sul sistema. Un primo elemento significativo, da questo punto di vista, può essere ravvisato nel fatto che uno o più Stati membri non partecipanti, in due casi su tre, abbiano deciso di impugnare *ex* art. 263 TFUE la decisione di auto-

di giustizia con la sentenza del 16 aprile 2013, cause riunite C-274/11 e C-295/11, *Spagna e Italia c. Consiglio* (su cui v. *supra*, § 4.1.1). Successivamente, la Spagna ha impugnato *ex* art. 263 TFUE anche i citati regolamenti nn. 1257/2012 e 1260/2012: l'avvocato generale Bot, nelle sue conclusioni presentate in data 18 novembre 2014 (rispettivamente, causa C-146/13, *Spagna c. Parlamento e Consiglio* e causa C-147/13, *Spagna c. Consiglio*), ha proposto alla Corte di respingere entrambi i ricorsi. In dottrina, cfr., *ex multis*, E. BONADIO, *The EU Embraces Enhanced Cooperation in Patent matters: Towards a Unitary Patent Protection System*, in *European Journal of Risk Regulation*, 2011, p. 416 ss.; M. LAMPING, *Enhanced Cooperation: A Proper Approach to Market Integration in the Field of Unitary Patent Protection?*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 2011, p. 879 ss.; S. PEERS, *The Constitutional Implications of the EU Patent*, in *European Constitutional Law Review*, 2011, p. 229 ss.; A.-S. LAMBLIN-GOURDIN, *Les coopérations renforcées au secours du brevet unique européen?*, in *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2012, p. 254 ss.; H. ULLRICH, *Enhanced Cooperation in the Area of Unitary Patent Protection and European Integration*, in *ERA Forum*, 2013, p. 596 ss.; E. PISTOIA, *Enhanced cooperation as a tool to ... enhance integration?* Spain and Italy v. Council, in *Common Market Law Review*, 2014, p. 247 ss.

[65] La cooperazione rafforzata in questione trova origine in una proposta di direttiva del Consiglio [COM(2011) 594 final] concernente un sistema comune d'imposta sulle transazioni finanziarie e recante modifica della direttiva 2008/7/CE, presentata dalla Commissione il 28 settembre 2011. Essendo divenuto evidente che tale proposta non avrebbe potuto beneficiare di sostegno unanime in seno al Consiglio in un futuro prevedibile, undici Stati membri (Belgio, Germania, Estonia, Grecia, Spagna, Francia, Italia, Austria, Portogallo, Slovenia e Slovacchia) hanno comunicato alla Commissione che intendevano instaurare tra loro una cooperazione rafforzata nel settore in questione. Si è giunti, così, all'adozione della decisione 2013/52/UE del Consiglio, del 22 gennaio 2013, che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore dell'imposta sulle transazioni finanziarie, in *GUUE* L 22, del 25 gennaio 2013, p. 11 ss. La proposta di direttiva conseguentemente presentata dalla Commissione [COM(2013) 71 final] risulta, allo stato attuale, ancora in discussione. In argomento, cfr., ad esempio, F. CADET, M. VASCEGA, *Fewer woods for Robin Hood: financial transaction tax under financial cooperation*, in *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2013, p. 574 ss.; P. A. HERNANDEZ GONZALEZ-BARREDA, *On a European Way to a Financial Transaction Tax under Enhanced Cooperation: Multi-speed Europe or Shortcut?*, in *Intertax*, 2013, p. 208 ss.; F. FABBRINI, *Taxing and Spending in the Euro Zone: Legal and Political Challenges Related to the Adoption of the Financial Transaction Tax*, in *European Law Review*, 2014, p. 155 ss. Il ricorso *ex* art. 263 TFUE promosso dal Regno Unito avverso la citata decisione del Consiglio è stato respinto dalla Corte di giustizia (cfr. sentenza del 30 aprile 2014, causa C-209/13, *Regno Unito c. Consiglio*).

rizzazione adottata dal Consiglio, nel tentativo di bloccare l'instaurazione di nuove forme di integrazione differenziata. Evidentemente, lo Stato membro che non partecipa alla cooperazione rafforzata non rimane indifferente alla "maggior velocità" dei suoi partner, anzi, tende a contestare la fondatezza dell'iniziativa; segno che, quanto meno in taluni casi, la cooperazione rafforzata viene vissuta, più che come un vantaggio per i partecipanti, come un pregiudizio per gli Stati che ne restano esclusi. Potrebbe ulteriormente dedursi, almeno sul piano politico, che gli Stati membri non sembrano facilmente disponibili ad accettare modelli di differenziazione, preferendo l'integrazione omogenea fino al punto da ostacolare i primi con iniziative contenziose[66]. Un secondo elemento da notare è il fatto che, ad oggi, nei tre casi citati, lo strumento delle cooperazioni rafforzate è stato utilizzato in ipotesi per le quali le disposizioni pattizie richiedono una deliberazione all'unanimità[67]. Ciò, peraltro, con giustificazioni di volta in volta differenti: quanto alla legge applicabile al divorzio e alla separazione legale, vi erano diversità culturali forse insormontabili, almeno in questa fase, tra i diversi Stati membri, tali da impedire l'adozione di una normativa uniforme; con riguardo, poi, alla tutela brevettuale unitaria, come noto, si è posto un problema specifico rispetto a due Stati membri, Italia e Spagna, che hanno fortemente contestato il regime del trilinguismo; infine, con riferimento all'imposta sulle transazioni finanziarie, la ferma opposizione del Regno Unito ha causato un "blocco" del procedimento deliberativo, che ha reso indispensabile la ricerca di una soluzione alternativa.

Il meccanismo della cooperazione rafforzata, dunque, pare configurarsi, in specie negli ultimi due casi, quale strumento per superare situazioni di "stallo" del processo decisionale e, a tale proposito, possono essere avanzati dubbi circa la correttezza di un siffatto utilizzo, eminente-

[66] Si tratta, come visto: (*i*) dei ricorsi di Spagna e Italia avverso la decisione di autorizzazione del Consiglio con riguardo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della tutela brevettuale unitaria, respinti con sentenza della Corte di giustizia del 16 aprile 2013, cause riunite C-274/11 e C-295/11, *Spagna e Italia c. Consiglio*; (*ii*) dei ricorsi proposti dalla Spagna avverso i regolamenti nn. 1257/2012 e 1260/2012 (adottati in attuazione della suddetta cooperazione rafforzata) e ad oggi pendenti dinanzi alla Corte di giustizia (causa C-146/13, *Spagna c. Parlamento e Consiglio* e causa C-147/13, *Spagna c. Consiglio*); (*iii*) del ricorso promosso dal Regno Unito avverso la decisione del Consiglio che autorizza una cooperazione rafforzata nel settore dell'imposta sulle transazioni finanziarie, respinto con sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 2014, causa C-209/13, *Regno Unito c. Consiglio*.

[67] Occorre precisare, peraltro, che l'art. 118 TFUE, base giuridica adottata per i citati regolamenti in materia di tutela brevettuale unitaria, prevede il requisito dell'unanimità ai soli fini di cui al comma 2°, relativo ai regimi linguistici dei titoli europei.

mente diretto ad "aggirare" il requisito dell'unanimità. In altri termini, qualora la larga maggioranza degli Stati membri – o addirittura la totalità di questi ultimi, meno uno o due, come nel secondo caso sopra richiamato (Spagna e Italia) – partecipi alla cooperazione rafforzata, si pone la questione se tale istituto costituisca ancora un modello di applicazione differenziata funzionale all'avanzamento del processo di integrazione o rappresenti soltanto un caso di Europa *à la carte* per lo Stato non partecipante. Il voto contrario, in seno al Consiglio, rispetto all'adozione di un atto all'unanimità, può infatti divenire una sorta di *opting out* – magari a tutela di valori riconducibili all'identità costituzionale dello Stato membro altrimenti suscettibili di essere tutelati attraverso il ricorso ai c.d. controlimiti – per evitare il quale occorrerebbe dilatare nella misura maggiore possibile l'impegno di *last resort*, al fine di ridurre al minimo il rischio di cristallizzare la diversificazione. D'altro canto, nella misura in cui l'*opting out* rappresentato dal ricorso alla cooperazione rafforzata è, in qualche modo, la traduzione di un "controlimite" di questo o quel singolo Stato membro, non appare illogico che la mancata partecipazione si colori di definitività. Del resto, l'irreversibilità del processo di differenziazione è, in qualche misura, presa in considerazione dal trattato che, pur dichiarando la cooperazione rafforzata aperta agli Stati membri che non vi partecipano in prima battuta, chiarisce che l'atto adottato secondo tale procedura non costituisce *acquis* «che deve essere accettato dagli Stati candidati all'adesione all'Unione» (art. 20, par. 4, TUE), introducendo così una deroga ad un valore, quello dell'*acquis* appunto, forse allora non a caso abolito dall'elencazione degli obiettivi dell'Unione[68].

4.1.3. L'integrazione differenziata "negativa"

I dubbi espressi con riferimento ad un utilizzo, che pare "distorto", delle cooperazioni rafforzate avvicinano le suddette applicazioni della relativa disciplina al modello dell'integrazione differenziata *negativa*, che, come visto, consente ad uno Stato membro di sottrarsi all'applicazione, nei suoi confronti, di misure di diritto dell'Unione in una certa materia, sulla base di clausole di *opting out* inserite nei protocolli allegati ai trattati. Tale modello di integrazione differenziata, peraltro, non ha le stesse finalità dell'istituto delle cooperazioni rafforzate, che costituisce (o dovrebbe costituire), invece e come abbiamo detto, una forma di integrazione differenziata positiva. I presupposti del modello in questione coincidono, in molti casi, con il verificarsi di una situazione di

[68] Su tali aspetti si tornerà *infra*, § 5.

impasse negoziale importante, con riguardo ad un singolo Stato membro, il superamento della quale richiede soluzioni che assumono i contorni dell'*escamotage* procedurale, al fine di evitare che sia paralizzata l'azione degli altri Stati membri. Quanto alle finalità, l'integrazione differenziata negativa tende soprattutto a salvaguardare valori che uno Stato membro ritiene imprescindibili, in quanto attinenti al proprio assetto costituzionale, e che rischiano di essere compromessi dal processo di integrazione, che – politicamente, ma anche giuridicamente – non può spingersi sino a travolgere valori fondamentali del sistema nazionale o, talvolta, magari, esiti di consultazioni popolari[69]. Proprio per questa ragione, l'integrazione differenziata realizzata attraverso clausole di *opting out* finisce con l'essere, in genere, permanente e insuperabile, arrecando un *vulnus* tendenzialmente irreparabile all'uniformità applicativa del diritto dell'Unione e, quindi, al processo di integrazione, rispetto al quale viene in tal modo evidenziato un problema politico che ne segna un limite notevole. Ciò, del resto, è confermato dal fatto che l'integrazione differenziata negativa ha trovato applicazione con riferimento ad aree materiali e non a questioni temporali, essendo stata prevalentemente utilizzata, a fronte dell'introduzione di una nuova competenza dell'Unione, da parte di uno o più Stati membri per manifestare la loro volontà contraria a tale estensione; in questo senso, l'integrazione differenziata in parola rappresenta probabilmente il "prezzo" per la firma (unanime) dei trattati di revisione, scongiurando il rischio di crisi istituzionali che possano condurre ad un'interruzione – ovvero, addirittura, ad un arretramento – dell'integrazione europea nel suo insieme[70].

I molti esempi di integrazione differenziata negativa presenti nel sistema confermano la rilevanza di queste soluzioni, sin dalle prime fasi dell'esperienza "comunitaria". Può citarsi, in tal senso, l'attuale art. 107,

[69] L'integrazione differenziata negativa, dunque, si avvicina alla categoria di integrazione differenziata definita "costituzionale", su cui v. *supra*, § 3.

[70] In assenza di simili "concessioni" – normalmente in sede di revisione dei trattati – a favore di alcuni Stati membri, infatti, il progresso del processo di integrazione rischia di apparire utopistico, quegli Stati solo a fronte dell'*opting out* essendo disponibili ad acconsentire alla ratifica del trattato e alla sua entrata in vigore. Un recente esempio, in tal senso, è fornito dalle concessioni (formalizzate dal Consiglio europeo riunito a Bruxelles il 18 e il 19 giugno 2009) accordate all'Irlanda a seguito del referendum sulla ratifica del trattato di Lisbona svoltosi il 18 giugno 2008, con esito negativo, in tale Paese. Tali concessioni sono state successivamente inserite in un protocollo, adottato a Bruxelles il 13 giugno 2012 (cfr. la decisione 2013/106/UE del Consiglio europeo, dell'11 maggio 2012, di apertura della conferenza intergovernativa, con in allegato il protocollo concernente le preoccupazioni del popolo irlandese relative al Trattato di Lisbona, in *GUUE* L 60, del 2 marzo 2013, p. 129 ss.).

par. 2, lett. *c*), TFUE [già art. 92, par. 2, lett. *c*), del trattato CEE[71] e, in seguito, art. 87, par. 2, lett. *c*), del trattato CE], che prevede che gli aiuti concessi a determinate regioni della Repubblica federale di Germania che risentono della divisione della Germania, nella misura in cui sono necessari a compensare gli svantaggi economici provocati da tale divisione, sono compatibili *de jure* con il mercato interno; disposizione che, di fatto, si risolve in una deroga territoriale alla disciplina sugli aiuti di Stato[72].

Con il trattato di Maastricht le ipotesi sono sensibilmente aumentate, dando luogo a regimi vieppiù complessi, in cui agli *opting out* è spesso associata la possibilità di un successivo *opting in*. Se il primo della lunga serie di protocolli allegati al trattato di Maastricht, corrispondente al protocollo n. 32 allegato al TUE e al TFUE[73], riguarda la specifica questione attinente all'acquisto di residenze secondarie in Danimarca, in molti altri casi gli strumenti in questione concernono temi di più generale impatto. I protocolli nn. 15 e 16, ad esempio, consentono a Regno Unito e Danimarca di non prendere parte alla terza fase dell'Unione economica e monetaria, avendo notificato al Consiglio la loro intenzione in tal senso, ma lasciano a detti Stati la possibilità di rinunciare all'esenzione, mediante richiesta di avvio, nei loro confronti, della procedura di cui all'art. 140 TFUE.

Si pensi, poi, al protocollo n. 19 sull'*acquis* di Schengen integrato nell'ambito dell'Unione europea, che, peraltro, costituisce una forma particolare di integrazione differenziata – nata come positiva al di fuori dei trattati[74], attraverso la conclusione dell'accordo di Schengen e della relativa convenzione di applicazione[75], e successivamente integrata

[71] L'attuale formulazione dell'art. 107, par. 2, lett. *c*), TFUE è identica a quella originaria, contenuta nel trattato CEE, eccezion fatta per l'aggiunta di una frase che prevede che il Consiglio, a partire dal dicembre 2014, possa adottare, su proposta della Commissione, una decisione che abroghi la disposizione in questione.

[72] Quanto detto alla nota precedente vale anche per l'art. 98 TFUE [già art. 82 del trattato CEE e, successivamente, art. 78 del trattato CE], ai sensi del quale le disposizioni contenute nel titolo del trattato dedicato ai trasporti non ostano alle misure adottate dalla Repubblica federale di Germania, nella misura in cui esse siano necessarie a compensare gli svantaggi economici cagionati dalla divisione della Germania: anche questa norma può essere abrogata, dal dicembre 2014, con decisione del Consiglio, su proposta della Commissione.

[73] Di seguito, si farà riferimento alla numerazione data dal trattato di Lisbona ai protocolli allegati al TUE e al TFUE e, secondo tale ordine, saranno presi in esame i più significativi dal punto di vista dell'integrazione differenziata.

[74] *Amplius* sul tema dell'integrazione differenziata realizzata esternamente ai trattati, v. *infra*, § 4.2.

[75] L'accordo (14 giugno 1985) era stato originariamente concluso tra Belgio, Francia, Germania, Lussemburgo e Paesi Bassi e alla convenzione applicativa (19 giugno

nell'ambito dell'Unione europea, come noto, con il trattato di Amsterdam[76] – essendo vincolante per taluni Stati terzi (Norvegia, Islanda, Svizzera e Lichtenstein) ma non per tutti gli Stati membri: l'Irlanda e il Regno Unito, infatti, non ne sono parti. Questi ultimi, ai sensi dell'art. 4 del protocollo n. 19, possono, in qualsiasi momento, chiedere di partecipare, in tutto o in parte, alle disposizioni dell'*acquis* di Schengen, mantenendo comunque la possibilità di notificare al Consiglio che non intendono partecipare alla singola proposta o alla singola iniziativa; ancora differente, poi, è la posizione della Danimarca, che può decidere se recepire o meno nel proprio diritto interno ciascuna misura del Consiglio che sviluppa tale *acquis*[77].

A seguito della sua incorporazione nel sistema, l'*acquis* di Schengen[78] è diritto dell'Unione a tutti gli effetti e costituisce, insieme con il suo sviluppo, un *acquis* che deve essere accettato dallo Stato candidato all'adesione[79], in deroga all'art. 20, par. 4, TUE, pur restando in vigore, come visto, un regime di *opting out* per alcuni Stati membri, recalcitranti, peraltro, sin dall'avvio dell'instaurazione di tale forma di differenziazione.

Un ulteriore esempio di integrazione differenziata negativa è fornito

1990) hanno solo successivamente aderito Italia (27 novembre 1990; la convenzione è stata ivi resa esecutiva con legge 30 settembre 1993, n. 388, in *GURI*, suppl. ord. al n. 232 del 2 ottobre 1993), Spagna e Portogallo (25 giugno 1991), Grecia (6 novembre 1992), Austria (28 aprile 1995) e Danimarca, Finlandia, Svezia (9 dicembre 1996). Regno Unito e Irlanda hanno invece aderito alla convenzione e all'*acquis* di Schengen soltanto parzialmente e comunque successivamente all'integrazione di tale *acquis* nell'Unione europea ad opera del trattato di Amsterdam (v. *infra*). Cfr., ad esempio, C. ELSEN, *The role of the Schengen Agreements in the European construction*, in *ERA Forum*, 2011, p. 69 ss.

[76] Su tale integrazione, cfr., *ex multis*, H. LABAYLE, *Un espace de liberté, de securité et de justice*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, p. 813 ss., spec. p. 832 ss.; H. BRIBOSIA, *Liberté, securité et justice: l'imbroglio d'un nouvel espace*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1998, p. 27 ss., spec. p. 42 ss.; B. NASCIMBENE, *L'incorporazione degli Accordi di Schengen nel quadro dell'Unione europea e il futuro ruolo del Comitato parlamentare di controllo*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1999, p. 731 ss.; M. DEN BOER, *The Incorporation of Schengen into the TEU: a Bridge Too Far?*, in J. MONAR, W. WESSELS (eds.), *The Treaty of Amsterdam: Challenges and Opportunities for the European Union*, London, 2001, p. 296 ss.

[77] Cfr. protocollo n. 22 sulla posizione della Danimarca, art. 4, ove è altresì precisato che, in caso di decisione in senso affermativo, la misura in questione creerà un obbligo a norma del diritto internazionale tra la Danimarca e gli altri Stati membri vincolati da detta misura.

[78] Per la specificazione di tale *acquis*, anche quanto alla base giuridica dei singoli atti (primo o terzo pilastro), cfr. le decisioni nn. 435 e 436 del Consiglio del 20 maggio 1999 (in *GUCE* L 176, del 10 luglio 1999, rispettivamente p. 1 ss. e p. 17 ss.).

[79] Cfr. protocollo n. 19, art. 7.

dalle disposizioni derogatorie, con riferimento all'applicazione del titolo V della parte terza del TFUE, contenute nel protocollo n. 21 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia e nel protocollo n. 22 sulla posizione della Danimarca. Pur essendo i tre Stati di cui ai citati protocolli, in linea di principio, tutti esclusi dalla disciplina in questione, occorre precisare che per il Regno Unito e l'Irlanda è fatta salva la possibilità di accettare singole misure notificando al presidente del Consiglio la loro intenzione in tal senso[80], mentre per la Danimarca – la cui esenzione dallo spazio di libertà, sicurezza e giustizia è, allo stato attuale, totale – è prevista la facoltà, in qualsiasi momento, di (*i*) informare gli altri Stati membri che non intende più avvalersi, in tutto o in parte, del protocollo n. 22, con conseguente piena applicazione di tutte le misure pertinenti in vigore nell'ambito dell'Unione europea[81], ovvero (*ii*) sostituire alla parte I di detto protocollo le disposizioni contenute nell'allegato a quest'ultimo, ciò che renderebbe possibile la partecipazione a singole misure, secondo il modello attualmente previsto per il Regno Unito e l'Irlanda[82].

Ancor più rilevante, data l'importanza della materia oggetto di deroga, è il protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito[83]. Tale proto-

[80] Cfr. protocollo n. 21, art. 3, par. 1, ai sensi del quale la notifica deve essere inviata per iscritto entro tre mesi dalla presentazione di una proposta o di un'iniziativa al Consiglio a norma della parte terza, titolo V, del TFUE; se, peraltro, la misura in questione non può essere adottata «entro un congruo periodo di tempo» con la partecipazione del Regno Unito o dell'Irlanda, essa può essere adottata senza detti Stati (art. 3, par. 2, del protocollo n. 21). Cfr. altresì l'art. 4 del medesimo protocollo, che consente l'accettazione di una misura, in qualsiasi momento, una volta trascorsi i tre mesi previsti dall'articolo precedente, disponendo a tale scopo l'applicazione, con gli opportuni adattamenti, della procedura di cui all'art. 331, par. 1, TFUE, relativa alla successiva partecipazione ad una cooperazione rafforzata in corso.

[81] In caso di rinuncia totale al protocollo n. 22, ovviamente, verrebbero meno anche le altre deroghe contenute in detto protocollo (ad esempio in materia di difesa), ivi incluse quelle viste *supra* con riguardo all'*acquis* di Schengen.

[82] Sulla posizione della Danimarca rispetto agli *opt out* cfr. C. FRANÇOIS, *Le Danemark va-t-il renoncer à ses opt-outs et rejoindre la classe des bons élèves de l'Union européenne? Un bon exemple qui risque de rester isolé*, 2014, consultabile all'indirizzo internet: http://europe-liberte-securite-justice.org/2014/10/18/le-danemark-va-t-il-renoncer-a-ses-opt-outs-et-rejoindre-la-classe-des-bons-eleves-de-lunion-europeenne-un-bon-exemple-qui-risque-de-rester-isole/.

[83] Su cui cfr. C. BARNARD, *The 'Opt-Out' for the UK and Poland from the Charter of Fundamental Rights: Triumph of Rhetoric over Reality?*, in S. GRILLER, J. ZILLER, *The Lisbon Treaty: EU Constitutionalism Without a Constitutional Treaty?*, Dordrecht, Heidelberg, London, New York, 2008, p. 257 ss.; A. BIONDI, *L'applicazione differenziata della Carta: vera o presunta?*, in L.S. ROSSI (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali*, XV Convegno SIDI, Bologna

collo, all'art. 1, par. 1, dispone che non risulti estesa la competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e dei giudici nazionali di detti Stati membri circa la conformità di pratiche e atti interni con la Carta; il par. 2 del medesimo articolo, invece, rende sostanzialmente non invocabili i diritti che siano "riaffermati" dalla Carta – con particolare riferimento alle disposizioni del titolo IV, intitolato «Solidarietà», che, peraltro, contiene forse più principi che diritti – rispetto a norme e misure nazionali, a meno che tali diritti siano già previsti nei rispettivi ordinamenti. Se la portata derogatoria del primo paragrafo è stata, di fatto, smentita dalla Corte di giustizia, che ha osservato come esso non faccia altro che esplicitare l'art. 51 Carta e non abbia per oggetto di esonerare la Polonia e il Regno Unito dall'obbligo di rispettare le disposizioni della Carta, né di impedire ad un giudice di detti Stati di vigilare sull'osservanza di tali disposizioni[84], risulta invece più difficile enucleare il valore precettivo del secondo paragrafo dell'art. 1 del protocollo n. 30, su cui la Corte di giustizia non ha ancora avuto occasione di pronunciarsi. Con riguardo a quest'ultima disposizione possono, comunque, essere svolte talune considerazioni. L'esclusione in parola, anzitutto, parrebbe non invocabile nella misura in cui i diritti e principi sanciti dalla Carta siano anche principi generali dell'ordinamento dell'Unione europea, così come qualora si tratti di diritti e principi introdotti *ex novo* dalla Carta. Con riguardo, poi, allo strumento mediante il quale è stata introdotta nel sistema detta esclusione, può essere messa in dubbio la legittimità di un protocollo – e,

10-11 giugno 2010, Napoli, 2011, p. 343 ss. La Repubblica Ceca, già autrice della dichiarazione finale n. 53 sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ha sottoposto al Consiglio, il 5 settembre 2011, una proposta di modifica dei trattati *ex* art. 48, par. 2, TUE volta ad estendere, nei suoi confronti, l'*opt out* relativo alla Carta (cfr. la decisione del Consiglio europeo, del 18 giugno 2013, relativa all'esame, da parte di una conferenza dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, della modifica dei trattati proposta dal governo ceco sotto forma di protocollo sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Repubblica ceca, da allegare al trattato sull'Unione europea e al trattato sul funzionamento dell'Unione europea, senza convocazione di una convenzione, disponibile all'indirizzo internet: http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-132-2013-INIT/it/pdf, seguita dalla raccomandazione del Consiglio al Consiglio europeo, del 25 giugno 2013, avente ad oggetto l'adozione del progetto di decisione relativa al predetto esame). Tale proposta, tuttavia, è stata successivamente ritirata nel marzo 2014, con lettera inviata al Consiglio, che, di conseguenza, ha ritirato la citata raccomandazione del 25 giugno 2013 (cfr. la nota del Consiglio dell'8 aprile 2014 disponibile all'indirizzo internet: http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8385-2014-INIT/it/pdf).

[84] Corte giust., 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N.S.*, in *Racc*., p. I-13905 ss., spec. punto 119 s., dove, riprendendo le conclusioni dell'avvocato generale Trstenjak (presentate il 22 settembre 2011, relative alla causa C-411/10, *N.S.*, non ancora pubblicate in *Racc.*), la Corte fonda tale interpretazione sui considerando del protocollo n. 30.

dunque, di un accordo tra Stati membri – volto a ridurre la soglia di tutela dei diritti fondamentali, tenendo conto, ad esempio, del fatto che, nell'ambito del diritto internazionale, le riserve ai trattati sui diritti umani, come noto, sono ammesse entro limiti più angusti rispetto al regime ordinario[85]: pur non trattandosi, nel caso di specie, di una riserva, è altresì vero che l'articolato e complesso meccanismo dei protocolli, di fatto, consegue gli stessi risultati che in altri sistemi si ottengono con le riserve. Infine, ci si può chiedere se, là dove la norma nazionale assicuri una tutela superiore a quella garantita dalla Carta, l'art. 1, par. 2, del protocollo n. 30, che sembra riprodurre quanto previsto dall'art. 53 Carta, valga ad escludere la rilevanza dei principi sanciti dalla giurisprudenza *Melloni*[86]. Poiché, come visto, la Corte di giustizia ha già ancorato il paragrafo 1 della disposizione in questione all'art. 51 Carta, si potrebbe ipotizzare che il paragrafo 2 non possa essere interpretato in maniera distonica rispetto a quanto statuito dalla Corte nel caso *Melloni* in relazione all'art. 53 Carta[87], benché, se così fosse, il protocollo n. 30 risulterebbe effettivamente quasi del tutto privo di rilevanza giuridica[88].

Ancora, può menzionarsi il protocollo n. 35 sull'art. 40.3.3 della Costituzione irlandese, il quale esclude che l'applicazione di detta disposizione, che riconosce il «right to life of the unborn», possa essere pregiudicata dai trattati o dagli atti che li modificano o li integrano.

Infine, un'ipotesi tutt'altro che marginale è costituita dall'art. 10 del protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie, ai sensi del quale il Regno Unito poteva, entro il 31 maggio 2014, notificare al Consiglio di non accettare le attribuzioni, previste dal trattato di Lisbona, alla Commissione e alla Corte di giustizia con riguardo agli atti elaborati nella vigenza del c.d. (ex) terzo pilastro, sino al 30 novembre 2009 (c.d. *block opt-out*), che non siano stati successivamente oggetto di modifiche e rispetto ai quali il Regno Unito non abbia esercitato l'*opting in* sulla base delle pro-

[85] In argomento cfr. R. BARATTA, *Gli effetti delle riserve ai trattati*, Milano, 1999; G. GAJA, *Le conseguenze di una riserva inammissibile: la sentenza nel caso Grande Stevens c. Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2014, p. 832 ss.

[86] Corte giust., 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, su cui cfr., *ex multis*, C. AMALFITANO, *Mandato d'arresto europeo: reciproco riconoscimento vs diritti fondamentali?*, in R. MASTROIANNI, D. SAVY (a cura di), *L'integrazione europea attraverso il processo penale*, Napoli, 2013, p. 39 ss. (nonché in www.penalecontemporaneo.it, 4 luglio 2013) e bibliografia ivi citata.

[87] Corte giust., 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, spec. punto 57 ss.

[88] Nel senso della scarsa rilevanza del protocollo n. 30 cfr. A. BIONDI, *L'applicazione differenziata della Carta: vera o presunta?*, cit. Sul dibattito svoltosi nel Regno Unito in merito alla natura di *opt out*, o meno, del protocollo in questione cfr. C. BARNARD, *The 'Opt-Out' for the UK and Poland from the Charter of Fundamental Rights: Triumph of Rhetoric over Reality?*, cit.

cedure di cui ai richiamati protocolli nn. 19 e 21. A seguito della notifica, effettuata in data 23 luglio 2014, è dunque cessata, a partire dal 1° dicembre 2014, l'applicazione al Regno Unito di tutti gli atti nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale adottati nel sistema pre-Lisbona, ad eccezione di quelli in relazione ai quali il medesimo Stato ha chiesto di restare vincolato con apposita, successiva notifica (c.d. *back opt-in*)[89]: si tratta di trentacinque atti[90], a fronte di oltre centotrenta misure rilevanti[91]. Lo *status* del Regno Unito nel settore in questione, dunque, permane notevolmente differenziato rispetto agli altri Stati membri, tanto più se si considerano le ulteriori esenzioni, viste *supra*, relative all'*acquis* di Schengen e allo spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

I protocolli allegati ai trattati, come emerge dalla sintetica rassegna effettuata, rappresentano ipotesi emblematiche di integrazione differenziata negativa, secondo la definizione proposta, consentendo l'esclusione di uno o più Stati dall'applicazione di una determinata disciplina dettata dalle previsioni pattizie, spesso mediante l'istituzione di veri e propri sotto-sistemi di notevole complessità, e, tuttavia, permettendo di evitare "fughe" di più ampia portata dall'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea.

4.2. L'integrazione differenziata realizzata mediante strumenti esterni ai trattati

Esaminate le molteplici tipologie di integrazione differenziata, sia positiva, sia negativa, presenti nel sistema, ci si può domandare se gli Stati membri abbiano l'obbligo di avvalersi dei relativi meccanismi "isti-

[89] Cfr. la decisione 2014/836/UE del Consiglio, del 27 novembre 2014, che determina taluni adattamenti che ne conseguono e il necessario regime transitorio derivanti dalla cessazione della partecipazione del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord a taluni atti dell'Unione nel settore della cooperazione di polizia e della cooperazione giudiziaria in materia penale adottati prima dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, in *GUUE* L 343, del 28 novembre 2014, p. 11 ss. In argomento, cfr. S. MONTALDO, *Scadenza del regime transitorio per gli atti del terzo pilastro: il* block opt-out *del Regno Unito e il suo successivo* opt-in *per 35 misure*, in *www.eurojus.it*, 1° dicembre 2014, nonché, più in generale, C. AMALFITANO, *Scaduto il regime transitorio per gli atti del terzo pilastro. Da oggi in vigore il sistema "ordinario" di tutela giurisdizionale della Corte di giustizia*, 1° dicembre 2014, *ivi*.

[90] Il relativo elenco è contenuto nell'allegato alla decisione 2014/836/UE del Consiglio, cit.

[91] Cfr. A. HINAREJOS, J.R. SPENCER, S. PEERS, *Opting out of EU Criminal law: What is actually involved?*, 2012, consultabile all'indirizzo internet: http://london.adagio4.eu/ressource/static/files/eu-cels-uk-opt-out-crim-law.pdf.

tuzionalizzati" o se, invece, siano altresì possibili soluzioni alternative. Da questo punto di vista, un divieto di ricorrere, al fine di promuovere forme di cooperazione tra Stati maggiormente intense, a soluzioni diverse da quelle previste dai trattati non sembra facilmente ricavabile. Piuttosto, pare corretto affermare, anche alla luce della prassi, che gli Stati membri possono instaurare "cooperazioni rafforzate atipiche", in cui la loro cooperazione e il conseguente risultato di integrazione siano retti da strumenti di diritto internazionale pattizio[92], per conseguire obiettivi pure iscritti nei trattati, ovviamente (poiché, altrimenti, sarebbe necessario il consenso degli altri Stati membri) a condizione che: (*i*) non si tratti di materia di competenza esclusiva dell'Unione; (*ii*) sia rispettato il principio di coesione economica, sociale e territoriale; (*iii*) non si dia luogo a violazioni del diritto dell'Unione; (*iv*) non sia implicato un pieno coinvolgimento delle istituzioni dell'Unione[93]. Tali forme di integrazione differenziata positiva realizzata all'esterno dei trattati possono risultare vantaggiose, dal punto di vista degli Stati, sotto svariati profili, in quanto, ad esempio, evitano l'effetto obbligatorio ed esecutivo delle decisioni della Commissione e della Corte di giustizia, nonché il necessario coinvolgimento del Parlamento europeo[94].

Alle cooperazioni rafforzate definite "atipiche" può farsi ricorso, in primo luogo, in una prospettiva di successiva integrazione dei relativi risultati nel diritto dell'Unione, detti strumenti fungendo, dunque, da catalizzatori per una maggiore integrazione, per così dire, "ortodossa". Non mancano esempi in tal senso, essendo inoltre riscontrabili diverse modalità attraverso le quali è stata – ovvero potrà essere – realizzata la successiva integrazione nei trattati. Si pensi, ad esempio, alle già citate convenzioni di Schengen, la cui disciplina, come visto (*supra*, § 4.1.3), è stata poi integrata nel sistema dell'Unione europea mediante protocollo allegato al trattato di Maastricht; o, ancora, alla convenzione di Prüm, stipu-

[92] In argomento, cfr., per tutti, L.S. ROSSI, *Le convenzioni fra gli Stati membri dell'Unione europea*, Milano, 2000.

[93] Cfr. N. VON ONDARZA, *Strengthening the Core of Splitting Europe? – Prospects and Pitfalls of a Strategy of Differentiated Integration*, cit., spec. p. 11, che include altresì, tra le condizioni in questione, il rispetto del principio di solidarietà.

[94] Proprio il Parlamento europeo, peraltro, con risoluzione del 12 dicembre 2013 sui problemi costituzionali di una governance a più livelli nell'Unione europea (consultabile all'indirizzo internet: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0598+0+DOC+XML+V0//IT), si è espresso in senso sfavorevole con riferimento all'integrazione differenziata realizzata esternamente ai trattati, affermando che tutte le forme di differenziazione dovrebbero essere conseguite all'interno del quadro istituzionale dell'Unione (cfr., ad esempio, il considerando G e il punto 16) e, *inter alia*, rammaricandosi della mancanza di controllo parlamentare che caratterizza la c.d. troika, il FESF e il MES (cfr. punto 28).

lata tra sette Stati membri il 27 maggio 2005[95] e, poi, integrata, sia pure solo in parte, mediante atti di diritto derivato[96]; nonché, infine, al trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria (c.d. *Fiscal compact*)[97], sottoscritto tra venticinque Stati membri[98] il 2 marzo 2012, il cui art. 16 prevede che, entro cinque anni dalla sua entrata in vigore (avvenuta il 1° gennaio 2013), saranno «adottate in conformità del trattato sull'Unione europea e del trattato sul funzionamento dell'Unione europea le misure necessarie per incorporare il contenuto [di tale] trattato nell'ordinamento giuridico dell'Unione»[99].

[95] Cfr. trattato fra il Regno del Belgio, la Repubblica federale di Germania, il Regno di Spagna, la Repubblica Francese, il Granducato di Lussemburgo, il Regno dei Paesi Bassi e la Repubblica di Austria riguardante l'approfondimento della cooperazione transfrontaliera, in particolare al fine di lottare contro il terrorismo, la criminalità transfrontaliera e la migrazione illegale, sottoscritto nella città tedesca di Prüm il 27 maggio 2005, consultabile all'indirizzo internet: http://www1.interno.gov.it/mininterno/ export/sites/default/it/assets/files/16/0272_trattato_prumx1x.pdf. Tale trattato è stato ratificato e reso esecutivo in Italia con legge 30 giugno 2009, n. 85, in *GURI* n. 160, del 13 luglio 2009. In dottrina, cfr., ad esempio, J. ZILLER, *Le traité de Prüm: une vraie-fausse coopération renforcée dans l'Espace de sécurité de liberté et de justice*, 2006, consultabile all'indirizzo internet: http://cadmus.eui.eu/handle/1814/6401; C. MORINI, *La Convenzione di Prüm sulla cooperazione transfrontaliera specialmente in materia di lotta al terrorismo, al crimine transnazionale e all'immigrazione illegale*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 181 ss.

[96] Cfr. decisione 2008/615/GAI del Consiglio, del 23 giugno 2008, sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera, in *GUUE* L 210, del 6 agosto 2008, p. 1 ss.; decisione 2008/616/GAI del Consiglio, del 23 giugno 2008, relativa all'attuazione della decisione 2008/615/GAI sul potenziamento della cooperazione transfrontaliera, soprattutto nella lotta al terrorismo e alla criminalità transfrontaliera, *ivi*, p. 12 ss. È da notare, peraltro, che l'intenzione di integrare nell'ambito dell'Unione europea le previsioni della convenzione di Prüm era già stata chiaramente espressa nel preambolo della convenzione stessa.

[97] Il trattato è stato ratificato e reso esecutivo in Italia con legge 23 luglio 2012, n. 114, in *GURI*, n. 175 del 28 luglio 2012. Tra i molti commenti, cfr., ad esempio, R. BARATTA, *Legal Issues of the 'Fiscal Compact'. Searching for a Mature Democratic Governance of the Euro*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 647 ss.; L.S. ROSSI, *"Fiscal Compact" e Trattato sul Meccanismo di Stabilità: aspetti istituzionali e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'UE*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2012, p. 296 ss.; C.M. CANTORE, G. MARTINICO, *Asimmetry or Dis-integration? A Few Considerations on the New 'Treaty on Stability, Coordination and Governance in the Economic and Monetary Union'*, in *European Public Law*, 2013, p. 463 ss.

[98] Si tratta di tutti gli Stati membri dell'Unione europea al momento della firma del trattato (esclusa, quindi, la Croazia, che, come noto, è divenuta il ventottesimo Stato membro il 1° luglio 2013) ad eccezione di Regno Unito e Repubblica Ceca.

[99] Si noti che il c.d. *Fiscal compact* prevede espressamente, all'art. 10, che le parti contraenti, «[c]onformemente alle disposizioni dei trattati su cui si fonda l'Unione europea, [...] sono pronte ad avvalersi attivamente, se opportuno e necessario, di misure specifiche agli Stati membri la cui moneta è l'euro, come previsto all'articolo 136 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea, e della cooperazione rafforzata», *ex* art. 20

La prospettiva delle cc.dd. cooperazioni rafforzate atipiche può essere, anche tuttavia, quella di realizzare forme di differenziazione destinate a rimanere permanentemente al di fuori dei trattati e, quindi, dell'Unione europea, senza cioè che sia prevista una successiva integrazione nel sistema.

Una forma di integrazione differenziata del tutto peculiare, che pare combinare elementi propri del modello realizzato all'interno dei trattati e di quello ad essi esterno – ed essendo, di conseguenza, difficilmente classificabile – è costituita dal *Maritime Analysis and Operations Centre - Narcotics*, un'organizzazione internazionale, con sede a Lisbona, istituita tra sette Stati membri[100] nel 2007 mediante sottoscrizione di un trattato e, dunque, con strumento esterno al diritto dell'Unione europea. Tale organizzazione, peraltro, risulta essere una sorta di "sotto-agenzia", creata in seno all'Agenzia per la sicurezza marittima[101] ed in parte finanziata dalla Commissione europea, ciò che rivela, evidentemente, una forte correlazione con il sistema dell'Unione.

5. Acquis *o* ma(c)quis communautaire*?*

Il variegato panorama di forme di integrazione differenziata che emerge dall'analisi condotta mette inevitabilmente in discussione il concetto di *acquis communautaire*, di cui, peraltro, già nel 2001, Christine Delcourt rilevava, sostenendo una tesi che pare forse estrema, il carattere non più realmente unitario, prospettando piuttosto una sorta di *individualization of the acquis*, come se, appunto, ciascuno Stato membro avesse, in sostanza, un proprio *acquis*, che lo differenzierebbe, per uno o molteplici aspetti, dagli altri Stati, non essendo più ricostruibile – né configurabile – un cammino comune di integrazione[102].

A distanza di oltre dieci anni da tali riflessioni, una valutazione complessiva del sistema dell'Unione fa riscontrare, se non un vero e

TUE e artt. 326-334 TFUE, «nelle materie essenziali al buon funzionamento della zona euro, senza recare pregiudizio al mercato interno», già prefigurando, dunque, la necessità che eventuali sviluppi futuri, pur nel senso della differenziazione, trovino applicazione all'interno dell'ordinamento dell'Unione.

[100] Si tratta, precisamente, di: Francia, Irlanda, Italia, Spagna, Paesi Bassi, Portogallo e Regno Unito.

[101] European Maritime Safety Agency (EMSA), istituita con il regolamento (CE) n. 1406/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 giugno 2002, in *GUCE* L 208, del 5 agosto 2002, p. 1 ss.

[102] Cfr. C. DELCOURT, *The* Acquis Communautaire*: Has The Concept Had Its Day?*, in *Common Market Law Review*, 2001, p. 829 ss., spec. p. 862 ss.

proprio *acquis* per ogni Stato membro, un sempre più massiccio ricorso a forme di integrazione differenziata, per far fronte ad eterogeneità vieppiù consistenti e soddisfare esigenze di flessibilità indispensabili per procedere sulla strada dell'integrazione, che tuttavia, essendo ormai così variegata e differenziata, tanto integrazione non è più.

Invero, sebbene la volontà di creare un'«unione sempre più stretta tra i popoli» dell'Europa[103] continui a rappresentare il principale caposaldo su cui si regge il processo di integrazione europea, l'ordinamento «di nuovo genere» istituito nel lontano 1957 ha subìto, a seguito delle modifiche apportate dal trattato di Lisbona, alcuni cambiamenti che, almeno ad una prima lettura, potrebbero apparire epocali. Si pensi, in particolare, alla codificazione del principio della reversibilità delle competenze (art. 48, par. 2, TUE) e delle regole sul recesso dall'Unione (art. 50 TUE), nonché all'eliminazione dell'obiettivo dell'Unione consistente nel mantenere e sviluppare l'*acquis* (art. 3 TUE pre-Lisbona). Anche se, a ben vedere, nulla avrebbe escluso, anche in passato, di procedere alla revisione dei trattati riducendo le competenze dell'Unione o consentendo, secondo le regole di diritto internazionale, il recesso di uno Stato membro dall'organizzazione e, ancora, nulla oggi impedisce di ritenere che il menzionato obiettivo sia divenuto, esso stesso, *acquis* costituzionale dell'Unione e, come tale, debba quindi essere comunque rispettato anche se la previsione pattizia è stata soppressa[104].

Ancora, il più volte citato art. 20 TUE, in tema di cooperazione rafforzata – che altro non è che un'eccezione regolamentata all'*acquis* – non prevede più, come accadeva invece nel sistema pre-Lisbona, tra le condizioni che devono essere soddisfatte per poter legittimamente intraprendere una cooperazione di tal fatta, il rispetto dell'*acquis*, ma si limita a ribadire, seppure in termini non perfettamente coincidenti, quanto stabilito dall'art. 44 TUE pre-Lisbona, ovvero che gli atti adottati in tale quadro vincolano solo gli Stati membri partecipanti, non potendo essere «considerati un acquis che deve essere accettato dagli Stati candidati all'adesione all'Unione», con la sola eccezione, come visto, dell'*acquis* di Schengen[105].

Sembra, dunque, non più così remoto il passaggio – immaginato sempre dalla Delcourt – dall'*acquis* al *maquis communautaire*, in ragio-

[103] V. *supra*, § 1.

[104] In quest'ultimo senso, cfr. C. AMALFITANO, *L'*acquis *comunitario: da esperienza giuridica a fattore di integrazione*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 789 ss., spec. p. 823 s.

[105] Cfr. protocollo n. 19, art. 7. V. *supra*, § 4.1.3.

ne del carattere vieppiù plurale e sfaccettato di tale nozione[106]. Tale diversificazione, peraltro, pone problemi sotto il profilo dell'uguaglianza tra cittadini[107] – di cui all'art. 9 TUE – i quali, in un quadro come quello descritto, si troverebbero allora nella condizione di dover aggiungere al proprio statuto già bino (di cittadini nazionali e di cittadini dell'Unione), l'ulteriore qualificazione, soggettiva e diversificata, di *maquisards*[108].

6. *Integrazione differenziata e crisi di identità "europea"?*

A fronte della grande frammentazione che caratterizza oggi il sistema dell'Unione, si pone la questione se ciò attesti una sorta di crisi dell'identità europea o se, invece, altro non sia che l'inevitabile risultato dell'estensione territoriale e materiale dell'ordinamento dell'Unione e della conseguente eterogeneità che oggi lo contraddistingue, dal punto di vista delle tradizioni giuridiche degli Stati membri e della vastità delle competenze, e, pertanto, sia semplicemente il prezzo da pagare per evitare, come si è visto, un ravvicinamento minimo e al ribasso, consentendo, al contrario, lo sviluppo, per quanto non più uniforme, del processo di integrazione. Certamente, il grado di flessibilità del sistema è, oggi, marcatamente superiore a quello delle sue origini, collocate in un'epoca della quale è diffuso rimpiangere la maggior omogeneità e sicurezza del processo di integrazione. E, tuttavia, è forse il richiamo all'«età dell'oro» a non essere consentito, perché l'Europa attuale è ben diversa da quella creata nella seconda metà del secolo scorso, dai sei Stati fondatori e di cui Pierre Pescatore riferiva, in toni entusiastici, nel lontano 1972[109]: diversa, ma non necessariamente meno integrata, almeno nei suoi valori fondamentali e imprescindibili.

Alcuni autorevoli autori si sono interrogati sulle sorti dell'Europa e hanno prospettato la possibilità di una revisione dei trattati che porti alla

[106] Cfr. C. DELCOURT, *The* Acquis Communautaire*: Has The Concept Had Its Day?*, cit., spec. p. 869, ove, chiarendo il gioco di parole, è precisato che, in inglese, il *maquis* è inteso come «*entanglement, undergrowth*», termini traducibili in italiano con "ginepraio" e "sottobosco", mentre la traduzione italiana di *maquis* è, più esattamente, "macchia".

[107] In tal senso, cfr., ad esempio, A. CANNONE, *Cooperazioni rafforzate [dir. UE]*, in *Treccani on line*, consultabile all'indirizzo internet: http://www.treccani.it/ enciclopedia/cooperazioni-rafforzate-dir-ue_(Diritto_on_line)/.

[108] Con il termine «maquisards» si indicano abitualmente i partecipanti alla Resistenza francese durante l'occupazione tedesca nel corso della seconda guerra mondiale.

[109] Cfr. P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, cit.

creazione di un'Europa a (solo) due velocità[110], con un primo gruppo di Stati (presumibilmente quelli dell'area euro) che aderirebbero al "nocciolo duro" dell'Europa su una serie ben definita e nutrita di competenze, e gli altri che perseguirebbero una forma di integrazione più attenuata. In entrambe le Europe sarebbe vietata l'instaurazione di forme nuove di integrazione differenziata per cui, all'interno dell'uno o dell'altro gruppo di Stati, tutti dovrebbero procedere alla stessa velocità, senza più creare differenziazione alcuna.

Anche per quest'ultima ragione, il progetto, assai ambizioso dal punto di vista politico, risulta difficilmente perseguibile sul piano giuridico oltre che finanziario (implicando, di fatto, una duplicazione di tutte o quasi le istituzioni dell'attuale Unione). Pare infatti impensabile che tutti gli Stati rinuncino soprattutto alle possibilità di integrazione differenziata negativa per salvaguardare le proprie identità costituzionali; né avrebbe senso estendere alcuni regimi di *opting out* a Stati che non ne hanno mai fatto richiesta né, quindi, ne avvertono l'esigenza.

Ciò non vuol dire che il dibattito sul futuro dell'Europa sia chiuso o risolto. Manca il coraggio (politico) di compiere un ultimo passo verso uno Stato federale, cedendo all'Unione (seppur sempre con Stati in regime di *opting out*) le competenze in materia economica e fiscale, e non è forse più seriamente prospettabile la reversibilità delle competenze rispetto alla politica monetaria, che in ogni caso richiederebbe la previa individuazione degli strumenti idonei ad evitare il dissesto economico e finanziario dell'Unione o, comunque, degli Stati dell'eurozona.

In attesa (forse) di un cambiamento più radicale, capace di condurre l'Europa al di là della situazione di stallo, il cui costo si sta pagando in un'epoca di crisi finanziaria e del debito sovrano, il sistema di integrazione differenziata oggi esistente sembra quello che meglio rispecchia e soddisfa le peculiarità dell'attuale Europa a 28, dove il *ma(c)quis* può forse ormai dirsi sostituito all'*acquis*, ma non per questo dei risultati ottenuti si può negare l'efficacia, quantomeno nel senso di aver consentito di individuare la sola strada percorribile per far avanzare, di volta in volta, il processo di integrazione. La riduzione della sua sfera di operatività, talvolta territoriale e talaltra materiale, non deve necessariamente indurre al pessimismo, innanzitutto perché essa appare ampiamente compensata – sotto il profilo per così dire "quantitativo" – dall'ampliamento dei confini dell'Unione europea e dallo straordinario allargamento delle compe-

[110] Cfr., ad esempio, J.C. PIRIS, *The Future of Europe – Towards a two-speed EU?*, Cambridge, 2012; L.S. ROSSI, *L'Unione europea e il paradosso di Zenone. Riflessioni sulla necessità di una revisione del trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2013, p. 749 ss.

tenze su cui sono chiamate ad intervenire le sue istituzioni. Sotto l'aspetto "qualitativo", poi, il fenomeno dell'integrazione differenziata pare una risposta istituzionale ad un interrogativo problematico che viene posto da più parti e che si legge, tra le righe, del percorso politico dell'Unione europea: l'avanzamento dell'integrazione europea è andato, sino a poco tempo fa, nel senso della creazione di uno "spazio" aperto, caratterizzato in negativo dall'assenza di ostacoli, siano essi al mercato interno o ad altre aree tematiche di integrazione (ad esempio, lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia); minore è invece stata l'attenzione per la creazione di aree di elevata e sicura protezione dei diritti individuali[111], di cui, in tempi recenti di forte tensione economica e finanziaria, ma anche di esigenze di sicurezza interna ed internazionale, si sente il bisogno. La differenziazione potrebbe favorire tale seconda prospettiva, consentendone la realizzazione, almeno inizialmente, tra quegli Stati membri che maggiormente avvertono il problema, per distinte affinità politiche, giuridiche e sociali che meritano di non essere diluite.

[111] In questo senso credo possa leggersi il messaggio di H. VAN ROMPUY, *Affronter les crises*, in *Journal de droit européen,* 2014, p. 405, dove alla nozione acquisita di «espace» viene contrapposta quella, da perfezionare, di «foyer».

LA GOUVERNANCE ECONOMIQUE DE L'UNION EUROPEENNE : UNE JURIDICISATION EN TROMPE-L'ŒIL ?

Fabien TERPAN*

SOMMAIRE : 1. Les règles de gouvernance économique situées sur un continuum « soft law » / « hard law ». – A. Les règles d'encadrement budgétaire : des obligations juridiques floues, une contrainte variable. – B. L'encadrement des politiques économiques : de la coordination aux premières formes de contrainte. – 2. Les règles de gouvernance économique au prisme de l'État de droit et de la démocratie. – A. Gouvernance économique et État de droit. – B. Gouvernance économique et démocratie.

La gouvernance économique de l'Union européenne (UE) s'est considérablement développée depuis le lancement de l'Union économique et monétaire (UEM) au début des années 1990. Les règles applicables à ce domaine trouvent leur source dans les traités européens ainsi que dans le Pacte de stabilité et de croissance (PSC) adopté en 1997 et réformé par deux fois en 2005 et en 2010-2013. Les évolutions observées depuis près de 25 ans traduisent un phénomène de « juridicisation » favorisant l'émergence d'un système de gouvernance par les règles, dans la tradition de l'ordo-libéralisme allemand. L'objet du présent article est d'étudier la nature des règles créées, et partant de s'interroger sur la réalité de ce phénomène.

On entend par juridicisation le processus par lequel les États se dotent d'instruments juridiques encadrant leurs relations et limitant leur marge de manœuvre dans un domaine d'activités, par une série de mesures pouvant aller jusqu'à la sanction. Plus précisément, ce processus se traduit par la création de normes juridiques relevant du *soft law* ou du *hard law*, ou par la transformation des normes de *soft law* en normes de *hard law*. La notion de *soft law*, bien que relativement

* Maître de conférences, Sciences Po Grenoble ; Chaire Jean Monnet ; Directeur adjoint du CESICE (Centre d'études de la sécurité internationale et des coopérations européennes) ; Professeur visiteur, Collège d'Europe, Bruges.

ancienne[1], est loin d'être consensuelle. Elle ne correspond pas à une catégorie claire et nette de règles juridiques. Il s'agit d'une création doctrinale, qui n'a pas de fondement en droit positif. On ne la trouve pas citée à l'article 38(1) du statut de la Cour Internationale de Justice, ni à l'article 288 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), lequel propose une nomenclature des actes de droit dérivé européen. Certains estiment que la notion est inutile et qu'elle est source de confusion dès lors qu'elle gomme la distinction, nécessaire, entre les normes juridiques et les normes qui, bien qu'ayant une existence sociale, sont extérieures à l'ordre juridique. *A contrario*, il nous paraît utile d'utiliser le concept car il permet de décrire et analyser les normes européennes de manière précise et dans leur diversité, de mieux appréhender leurs évolutions, tout en les situant dans leur contexte politique et social.

Les auteurs donnent à la notion de *soft law* des contenus fort différents, selon qu'ils l'assimilent à des normes obligatories ou non obligatories. Une première façon d'appréhender le *soft law* consiste à le limiter à des situations où aucune obligation juridique n'est prévue, mais où la norme a néanmoins une certaine pertinence en droit[2] dans la mesure où : 1°) elle est utilisée par une juridiction pour interpréter une autre norme, 2°) elle est présentée dans une forme qui ressemble au *hard law*, 3°) elle a le même impact qu'une norme de *hard law*. Dans une deuxième acception, la notion de *soft law* correspond à des normes contraignantes qui, néanmoins, contiennent une dimension soft (dispositions imprécises, engagements seulement optionnels…) Cette polysémie est source de confusion : les auteurs, lorsqu'ils évoquent la notion, ne parlent pas nécessairement du même phénomène[3]. Nous résoudrons ce problème en optant pour une troisième définition, englobant les deux précédentes[4]. Le *soft law*, défini de manière extensive,

[1] La paternité du concept est généralement attribuée à Lord Mc Nair. Voir par exemple : R. J. DUPUY, *Declaratory Law and Programmatory Law: From Revolutionary Custom to « Soft Law »*, in R. AKKERMAN *et al*. (eds), *Declarations of Principles. A Quest for Universal Peace*, Sijthoff, 1977.

[2] J. B. SKJÆRSETH, O. S. STOKKE & J. WETTESTAD, *Soft Law, Hard Law, and Effective Implementation of International Environmental Norms*, *Global Environmental Politics*, 6, 3, 2006, p. 104-120.

[3] K. RAUSTIALA, *Form and Substance in International Agreements*, in *American Journal of International Law*, 99, 3, 2005, p. 581-614.

[4] Cette définition est présentée de manière approfondie dans : F. TERPAN, *Soft Law in the European - The Changing Nature of EU Law*, in *European Law Journal*, 21, 1, 2015, p. 68-96.

comprend alors des normes obligatories ayant une dimension soft, ainsi que des normes non obligatories ayant une pertinence juridique.

Dans le continuum des normes, le *soft law* est placé à mi-chemin du *hard law* et des normes non juridiques. L'idée du continuum suppose des frontières floues entre les différentes catégories. Il est néanmoins nécessaire de se doter de critères permettant de distinguer les trois catégories.

Tout d'abord, il s'agit de différencier le *soft law* du *hard law*. La méthode que nous retiendrons, adaptée de la littérature sur la légalisation et la juridification apparue dans les années 1990[5], est fondée sur deux critères : l'existence d'une obligation juridique et la présence d'un mécanisme de contrôle de son application (contrainte). L'obligation, premier critère, est fonction de la source ou de l'instrument juridique utilisé (*instrumentum*) ainsi que du contenu de la norme (*negotium*).[6] Si l'obligation est affaiblie par l'*instrumentum* (une source qui n'est ni un traité, ni un acte unilatéral juridiquement contraignant, ni un principe jurisprudentiel), on est en présence d'un droit mou ; si la faiblesse vient du contenu (imprécision de la norme édictée), on est en présence d'un droit flou. S'agissant de la contrainte, elle peut être inexistante quand aucun mécanisme n'est prévu (l'application dépend de la bonne volonté des parties), faible (lorsque seuls une forme atténuée de surveillance ou un monitoring sont prévus, par exemple) ou forte (dans le cas d'un mécanisme juridictionnel). En l'absence de contrainte forte, on est en présence d'un droit doux[7].

L'application des deux critères permet d'identifier le *soft law*. Celui-ci résulte d'une situation où l'un des deux critères n'est pas totalement

[5] Sur la légalisation, voir : K. W. ABBOTT, R. O. KEOHANE, A. MORAVCSIK, A.-M. SLAUGHTER et D. SNIDAL, *The Concept of Legalization*, in *International Organization,* 2000, p. 401-419 ; K. W. ABBOTT et D. SNIDAL, *Hard and Soft Law in International Governance*, in *International Organization*, 2000, p. 421-456. Voir aussi : J. GOLDSTEIN, M. KAHLER, R. O. KEOHANE et A. M. SLAUGHTER (eds), *Legalization and World Politics*, Cambridge MA, 2001; J. GOLDSTEIN, M. KAHLER, R. O. KEOHANE & A. M. SLAUGHTER, *Introduction: Legalization and World Politics*, in *International Organization*, 55, 3, 2001, p.385-399. Sur la « juridification », voir : L. C. BLICHNER & A. MOLANDER, *Mapping Juridification*, in *European Law Journal*, 14, 1, 2008, p. 36-54.

[6] J. D'ASPREMONT, *Softness in International Law: A Self-Serving Quest for New Legal Materials*, in *European Journal of International Law*, 2008, p. 1075 et s. Voir aussi : D. GUINARD, *A propos du soft law en droit de l'Union européenne : analyses théorique et pratique*, in *Revue de l'Union européenne*, 2013, p. 609 et s.

[7] Dans notre article publié en anglais (F. TERPAN, *Soft Law in the European Union*, cit.), nous n'avons pas différencié les concepts de « droit mou », « droit flou » et « droit doux ». La langue française nous permet de le faire. Nous rejoignons sur ce point : B. LAVERGNE, *Recherche sur la soft law en droit public français*, Toulouse, 2012.

satisfait. Si l'on se trouve en présence d'une obligation forte assortie d'une contrainte tout aussi forte, dans ce cas la norme est clairement dans la catégorie *hard law*. Elle est conforme à la définition kelsenienne du droit comme « a specific social technique consisting in the establishment of a coercive order by means of which a community monopoly is constituted for applying the measures of coercion decreed by the order ».[8] Dans le cas inverse, celui où l'un des deux critéres n'est pas satisfait on est en présence d'une forme imparfaite du droit – le *soft law* – qui ne correspond pas à l'idéal-type kelsenien, mais entretient des similarités avec ce que Kelsen appelait le droit primitif (« primitive law »).[9] Si aucun des deux critères n'est satisfait, on sort de la catégorie *soft law* pour entrer dans le royaume des normes morales ou plus généralement des normes non juridiques. Pour qu'une norme soit de *soft law*, il doit y avoir une forme minimale d'obligation ou de contrainte.

L'objet de cet article est d'appliquer cette grille de lecture en termes de *soft law* / *hard law* au domaine de la gouvernance économique, en ayant le souci de repérer les évolutions dans le sens d'un adoucissement ou d'un durcissement des normes (1). Toute évolution allant du *soft law* vers le *hard law* sera considérée comme un signe de juridicisation. Toutefois, du point de vue de la théorie du droit, le durcissement du *soft law* est une juridicisation en trompe l'œil si le droit créé ne remplit pas les fonctions qui lui ont été assignées. Si l'on part du postulat kelsénien selon lequel les normes juridiques contribuent à l'intégration sociale en donnant corps à l'état de droit et à la démocratie, la juridicisation de la gouvernance économique doit être évaluée au regard de la contribution qu'elle apporte – ou n'apporte pas – à cette fonction (2).

1. *Les règles de gouvernance économique situées sur un continuum « soft law » / « hard law »*

Les règles de gouvernance économique européenne relèvent des deux catégories de *soft law* mentionnées *supra*[10]. Dans les années 1990, les règles d'encadrement budgétaire semblaient beaucoup plus dures que les règles de coordination économique. Au gré des réformes, la distinction entre les deux catégories s'est estompée et l'ensemble de la gouvernance économique s'est rapproché du *hard law*.

[8] H. KELSEN, *The Law as a Specific Social Technique*, in *The University of Chicago Law Review*, 9, 1, 1941, p. 75 et s.
[9] *Ibid*. p. 97.
[10] Désormais art. 120 - 126 TFEU.

A. Les règles d'encadrement budgétaire : des obligations juridiques floues, une contrainte variable

Les règles d'encadrement budgétaire, fondées sur les articles 121 et 126 TFUE, ont été inscrites dans le Pacte de stabilité et de croissance (PSC)[11], d'abord sous la forme de deux règlements du Conseil pris en juillet 1997[12]. Dès l'origine, le PSC est composé d'un volet préventif, visant à limiter les déficits budgétaires ainsi que le niveau de la dette publique, et d'un volet répressif visant à sanctionner les déficits excessifs. Les deux volets ont ensuite fait l'objet d'évolutions sensibles, d'abord dans le sens d'un assouplissement en 2005, puis dans celui d'un renforcement en 2010-13.

La première réforme a lieu entre mars et juin 2005 et prend forme dans un rapport approuvé par le Conseil européen le 23 mars 2005 sur l'amélioration de la mise en œuvre du PSC[13], suivi d'un règlement modificatif du 27 juin 2005[14]. La seconde se déroule entre 2010 et 2013. Elle démarre avec l'adoption du Semestre européen, validée par le Conseil européen en octobre 2010[15], peu après la publication d'une communication de la Commission en faveur d'une coordination économique renforcée[16]. Le « Six-Pack », composé de cinq règlements et d'une directive, est adopté en novembre 2011[17], suivi en février 2012 par

[11] D. HODSON & I. MAHER, *The Open Method as a New Mode of Governance: The Case of Soft Economic Policy Co-ordination*, in *Journal of Common Market Studies*, 39, 4, 2001, p. 719-746. D. HODSON & I. MAHER, *Soft law and sanctions: economic policy co-ordination and reform of the Stability and Growth Pact*, in *Journal of European Public Policy* 11, 5, 2004, p. 798–813; W. SCHELKLE, *EU Fiscal Governance: Hard Law in the Shadow of Soft Law*, in *Columbia Journal of European Law,* 13, 3, 2007, p. 705-731.

[12] Règlement CE n° 1466 et 1467/1997 du Conseil du 7 juillet 1997, JO L209, 2.8.1997.

[13] http://ec.europa.eu/councils/bx20050322/stab.pdf.

[14] Règlement CE n°1056/2005 du Conseil du 27 Juin 2005, modifiant le règlement CE n° 1467/1997, JO L174, 7.7.05.

[15] Le Semestre européen est adopté par le Conseil européen le 17 juin 2010 et validé par le Conseil européen les 28 et 29 octobre 2010. Il est lancé le 12 janvier 2011 à Bruxelles dans le cadre de la conférence « Annual Growth Survey ».

[16] Communication de la Commission, Renforcer la coordination des politiques économiques, 12 Mai 2010 [COM (2010) 250 final].

[17] Règlement UE n° 1173/2011 du Parlement et du Conseil du 16 Novembre 2011. Règlement UE n° 1174/2011 du Parlement et du Conseil du 16 Novembre 2011. Règlement UE n° 1175/2011 du Parlement et du Conseil du 16 Novembre 2011, modifiant le règlement CE 1466/1997. Règlement UE n° 1176/2011 du Parlement et du Conseil du 16 Novembre 2011. Règlement UE n° 1177/2011 du Conseil du 8 Novembre 2011 modifiant le règlement CE 1467/97. Directive du Conseil 2011/85/UE du 8

la mise en place d'un mécanisme européen de stabilité destiné à assurer une aide d'urgence aux pays de la zone qui en auraient besoin. En mars 2012 est signé le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG), aussi appelé « Fiscal compact » : il s'agit d'un traité intergouvernemental, et non d'un traité de révision du traité sur l'UE ou du TFUE, regroupant l'ensemble des États membres à l'exception du Royaume-Uni et de la République tchèque[18]. Enfin, en mai 2013, l'ensemble est complété par deux règlements appelés « two-pack »[19].

De cet ensemble normatif on fera ressortir quatre règles d'encadrement principales : l'objectif budgétaire à moyen terme ; les règles relatives au déficit public et à la dette publique ; le Semestre européen ; la règle d'or.

L'objectif budgétaire à moyen terme, dans la première version du PSC, prend la forme d'une valeur de référence fixée pour chaque État membre et définie en termes structurels (avec des ajustements cycliques), une valeur que chaque État doit atteindre ou approcher. Il s'agit alors d'une obligation faible (un droit flou et mou), dont la précision est renforcée par la réforme de 2010-13 et le Two Pack notamment. La contrainte, faible à l'origine (car limitée à une simple surveillance effectuée par la Commission), est elle-aussi renforcée par la réforme de 2010-13, sous deux formes principales : une évaluation *ex ante* (avant programmation budgétaire) par la Commission, suivie éventuellement de recommandations du Conseil ; une évaluation *ex-post* par la Commission avec, en cas de déviation, une alerte émise par la Commission, suivie éventuellement de recommandations du Conseil, et en cas de non respect de la recommandation une sanction sous la forme d'un dépôt de 0,2 % du PIB portant intérêt.

La seconde forme d'encadrement concerne les règles relatives au déficit public (limité à 3% du PIB) et à la dette publique (limitée à 60% du PIB). Là encore, l'obligation n'est pas très forte, non pas à cause de l'*instrumentum* (traité et règlement), mais à cause de l'imprécision de des normes prescrites (soft *negotium* ou droit flou). S'agissant du déficit, un dépassement est possible dans deux cas (art.126 TFUE) : celui où le

Novembre 2011. Ces actes ont été publiés au Journal officiel de l'Union européenne : JO L306, 23.11.2011.

[18] Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance dans l'Union économique et monétaire, signé le 2 mars 2012 et entré en vigueur le 1er janvier 2013. Doc/12/2, http://european-council.europa.eu/media/639232/08_-_tscg.fr.12.pdf, consulté le 28 Décembre 2014.

[19] Règlement UE n° 472/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013, JO L140, 27.05.2013. Règlement UE n° 473/2013 du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013, JO L140, 27.05.2013.

rapport déficit/PIB a « diminué de manière substantielle et constante et atteint un niveau proche de la valeur de référence » ; celui où le « dépassement de la valeur de référence » est « exceptionnel et temporaire » et où le rapport « reste proche de la valeur de référence ». La législation secondaire (règlements de 1997) précise ce que l'on doit entendre par dépassement « exceptionnel » et dépassement « temporaire ». S'agissant de la dette publique, un dépassement est possible lorsque le rapport dette/PIB « diminue suffisamment » et « s'approche de la valeur de référence à un rythme satisfaisant ». Ces prescriptions ont été rendues plus floues encore par la réforme de 2005. Par exemple, la Commission et le Conseil peuvent désormais prendre en compte une liste de variables afin de procéder à « une évaluation globale équilibrée ». Cette liste comprend :

- L'évolution de la position économique à moyen terme (en particulier le potentiel de croissance, les conditions conjoncturelles, la mise en œuvre de politiques dans le cadre du programme de Lisbonne et les politiques visant à encourager la recherche-développement et l'innovation).
- L'évolution de la position budgétaire à moyen terme (notamment les efforts d'assainissement budgétaire au cours de « périodes de conjoncture favorable », la viabilité de la dette, les investissements publics et la qualité globale des finances publiques).
- Tout autre facteur qui, de l'avis de l'État membre concerné, est pertinent, et que l'État membre a présenté à la Commission et au Conseil.
- Les efforts budgétaires destinés à encourager la solidarité internationale et à réaliser des objectifs de politique européenne.

La contrainte (dans le cadre de la procédure pour déficit excessif), faible à l'origine, est renforcée par la réforme de 2010-2013. Dans le PSC version 1997, des sanctions pouvaient être prononcées par le Conseil à la majorité qualifiée, sur recommandation de la Commission. Elles n'avaient pas été appliquées à l'encontre de l'Allemagne et de la France en 2003, malgré les dépassements observés dans les deux pays. Avec le Six-Pack et le TSCG, c'est une majorité qualifiée inversée qui peut décider l'ouverture d'une procédure pour déficit excessif à l'encontre d'un État ainsi que la prise de sanctions (amende de 0,2 % du PIB, portée à 0,5 % du PIB si une fraude est détectée dans les statistiques). Cela signifie que la proposition de la Commission est adoptée sauf si une majorité qualifiée d'États s'y oppose au sein du Conseil. L'application des sanctions est donc possible si la

Commission et une minorité d'États (a priori des États créditeurs) sont d'accord.

La troisième forme d'encadrement budgétaire, mise en place avec le Semestre européen en 2010 et incluse dans le Six Pack, se traduit par une obligation faible. Le Semestre est un cycle d'orientation des politiques économiques permettant d'assurer la surveillance de chaque État membre par la Commission, laquelle évalue les rapports économiques nationaux et propose des recommandations qui sont ensuite discutées par le Conseil européen et adoptés par le Conseil. Les États sont donc soumis à un calendrier précis, mais ils disposent, au moins en théorie, d'une certaine marge de manœuvre dans la mise en œuvre des recommandations. Cette obligation est assortie d'un mécanisme de contrainte sous la forme d'avertissements politiques. Juridiquement, on reste dans le cadre du *soft law*, même si politiquement et dans la pratique la pression sur les États peut s'avérer forte dans la mesure où le Semestre européen est une pièce d'un arsenal normatif plus vaste et qui inclut des règles proches du *hard law*. En effet, la relation qui s'établit entre les États et la Commission dans le cadre du Semestre européen, et la capacité des États à se plier aux recommandations qui leur sont adressées à cette occasion, sont étroitement liées aux autres règles d'encadrement budgétaire.

Enfin la quatrième forme d'encadrement, appelée « règle d'or », suppose l'inscription en droit interne d'une règle d'équilibre budgétaire impliquant un déficit structurel en deçà de 0,5% du PIB (TSCG 2013). L'obligation est affaiblie non par l'*instrumentum* (le TSCG) mais par le *negotium* (le droit est flou parce que le déficit structurel n'est pas défini avec précision). En revanche, la contrainte est assez forte car des sanctions juridictionnelles sont possibles. La CJUE contrôle l'inscription de la règle d'or en droit interne et peut imposer des sanctions financières (0,1% du PIB) aux États qui ne se plieraient pas à cette exigence. Le respect des règles budgétaires est placé sous la surveillance d'institutions indépendantes, au niveau national.

B. L'encadrement des politiques économiques : de la coordination aux premières formes de contrainte

La coordination des politiques économiques[20], qui dispose d'une base légale en droit primaire depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht (art. 121 TFUE), s'est transformée au gré des modifications

[20] D. HODSON et I. MAHER, *op. cit*.

du droit secondaire. Au début des années 1990, les Grandes Orientations de Politique Economique (GOPE), à travers lesquelles le Conseil définit les objectifs à atteindre et adresse des lignes directrices spécifiques aux États, constituent l'instrument principal. Ni les objectifs ni les lignes directrices ne sont juridiquement obligatoires, mais les programmes élaborés par les États membres sont censés s'inscrire dans le cadre des GOPE. Un contrôle faible est prévu à travers une surveillance assurée par la Commission et le Conseil. En 2005, les GOPE ont été fusionnés avec les lignes directrices en matière d'emploi pour former les « lignes directrices intégrées ».

L'ensemble du système de surveillance économique est réformé en 2011 (Six Pack) et 2013 (Two Pack et Fiscal Compact/TSCG), en réponse à la crise économique et financière. La réforme de 2011 regroupe la surveillance des politiques économiques (incluant les GOPE) et la surveillance budgétaire dans le cadre du Semestre européen, afin d'assurer la cohérence des recommandations adressées aux États. Le Two Pack, entré en vigueur le 30 mai 2013, complète l'architecture de la coordination économique et de la surveillance budgétaire en fournissant un calendrier budgétaire et des règles budgétaires communes aux États de la zone euro.

En dehors du Pacte de stabilité de croissance, mais suivant la même logique, la procédure relative aux déséquilibres macroéconomiques élargit la gouvernance économique à la surveillance des grandes tendances macro-économiques. Cette procédure s'appuie sur un mécanisme de surveillance qui vise à identifier les risques de déséquilibres, à les prévenir et à les corriger. Une série d'indicateurs est utilisée pour identifier les pays et les questions qui nécessitent un examen attentif (in-depth review). Tout comme le PSC, cette procédure comporte une dimension préventive et une dimension corrective. Depuis la réforme de 2011-13, des sanctions sont possibles pour les États membres qui manqueraient à leurs obligations de manière constante. Elles sont décidées par le Conseil, à la majorité inversée, uniquement en cas de manquements répétés à une obligation d'agir (et non pour les déséquilibres eux-mêmes). Si la Commission, à plusieurs reprises, juge insatisfaisant un plan de mesures correctives, une amende de 0,1 % du PIB/an peut être réclamée. Si un État membre ne prend pas les mesures annoncées dans son plan, il peut se voir réclamer la constitution d'un dépôt de 0,1 % du PIB portant intérêt, lequel peut se transformer en amende en cas de manquements répétés.

En dépit de similarités avec le PSC, la procédure contient des obligations plus soft, les normes contenues dans les documents étant

encore plus imprécises. On peut donc considérer que la procédure relative aux déséquilibres macro économiques prévoit des obligations faibles (droit flou plutôt que mou), assorties d'un niveau de contrainte renforcé, qui approche le seuil du *hard law*.

En résumé, les règles d'encadrement budgétaire et de suivi des politiques macro-économiques contiennent une dimension soft, liée soit à l'*instrumentum*, soit au *negotium*, soit aux deux. Nombre de ces règles relèvent d'un droit flou, ce qui s'explique en grande partie par le fait qu'il est difficile, dans le domaine des politiques économiques, de fixer des règles immuables. Il faut donc, pour tenir compte *a minima* des effets de la conjoncture, prévoir une certaine souplesse dans l'interprétation de la norme. Toutefois, bien que la souplesse ait été maintenue, voire renforcée comme dans le cas de la réforme de 2005, on observe une évolution vers une plus grande contrainte (décisions prises par le Conseil sur la base d'une majorité inversée, fonctions assignées à la Cour de justice). On s'approche donc du *hard law*, eu égard au critère de la contrainte, tout en conservant une dimension *soft law* si l'on s'intéresse au critère de l'obligation. Cette tendance peut aussi être analysée, sous l'angle de la théorie du droit, et en fonction des exigences de l'État de droit et de la démocratie.

2. *Les règles de gouvernance économique au prisme de l'État de droit et de la démocratie*

Le *soft law* est-il véritablement du droit dès lors qu'il ne contribue pas correctement à sa fonction d'intégration sociale ? La question est délicate et on risque fort, à vouloir y répondre, de tomber dans un discours sur le droit proche du jugement de valeur. On tâchera d'éviter cet écueil en fixant les critères à partir desquelles la gouvernance économique peut être évaluée. Les règles figurant dans le Pacte de stabilité et de croissance et dans d'autres textes juridiques peuvent être appréhendées, sous deux angles principaux, celui de l'État de droit et celui de la démocratie. Dans les deux cas, c'est la marge de manœuvre accordée à la Commission qui semble poser problème. On montrera, néanmoins, que l'évaluation des mécanismes varie en fonction des critères retenus. Si l'on se dote de critères raisonnables, la gouvernance économique répond aux exigences de l'État de droit et de la démocratie.

A. Gouvernance économique et État de droit

Le premier mode d'évaluation consiste à situer la gouvernance économique au regard de la logique, issue de Hans Kelsen et Edgar Bodenheimer, qui associe le droit à la production de normes précises et certaines, complétées par des mécanismes de coercition institutionnalisés[21].

Dans le cas de la gouvernance économique de l'Union, on a vu que la plupart des normes, telles qu'elles figurent dans les textes de droit primaire ou, plus souvent, de droit secondaire, manquent de précision. L'obligation juridique, lorsqu'elle existe, est affaiblie par le caractère flou de la règle posée, plus que par la « mollesse » de l'*instrumentum*. Toutefois, ces règles imprécises doivent faire l'objet d'une interprétation par les différents acteurs chargés de leur mise en œuvre, qu'il s'agisse des États qui doivent élaborer leurs politiques économiques dans le cadre fixé au niveau européen, de la Commission qui assume diverses fonctions de surveillance, et du Conseil qui lui-aussi surveille et éventuellement sanctionne. La Cour de justice est entrée dans ce tableau de manière limitée, avec l'introduction de la règle d'or. Ainsi, le droit est flou tel qu'il se présente dans les textes, il ne l'est plus dès que son sens a été précisé par les institutions ayant le pouvoir d'interpréter la norme. Dans le cadre de la partie économique de l'UEM, c'est la Commission qui fait usage en premier lieu de ce pouvoir d'interprétation, avant que le Conseil (ou plus rarement la Cour) ne se prononce.

C'est justement cette capacité offerte à la Commission (et au Conseil en second lieu) de compléter et adapter la règle dans la phase d'évaluation des performances macro-économiques des États membres qui pose problème. L'incertitude liée aux normes de la gouvernance économique européenne offre aux institutions chargées de les interpréter et de les contrôler un large pouvoir discrétionnaire, qui paraît peu conforme aux principes de l'État de droit. Et le fait que la contrainte ait été renforcée par divers mécanismes, en particulier par la majorité inversée, ne fait que rajouter au problème : on contraint de plus en plus les États à respecter des obligations dont le contenu reste fluctuant.

Prenons l'exemple de la règle d'or, inscrite dans le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance. Définir ce qu'est un déficit structurel de 0,5 du PIB s'avère délicat. Il s'agit en réalité d'un problème « à tiroir » : si on définit le déficit structurel comme le déficit

[21] Voir H. KELSEN, *Pure Theory of Law*, Clark (NJ), 2009 ; E. BODENHEIMER, *Jurisprudence: The Philosophy and Method of Law*, Cambridge (MA), 1974.

existant quand l'économie nationale atteint sa pleine capacité, alors il faut définir la notion de pleine capacité, etc… Avec le système de la majorité inversée, l'interprétation relève de la Commission et d'une minorité d'États membres, a priori ceux qui sont en situation favorable sur le plan budgétaire (États « créditeurs »). De la même façon, les règles relatives au déficit public et à la dette publique ont été assouplies dans leur contenu par le règlement de 2005, tandis que les mécanismes de contrôle, et donc la contrainte exercée, a été renforcée par la réforme de 2011-13. Quant à l'objectif à moyen terme, il fait lui-aussi l'objet d'un contrôle renforcé, alors même que sa définition, ainsi que la définition de ce que l'on doit entendre par « déviation significative » de l'objectif à moyen terme, demeurent vagues.

En résumé, tous les cas où la contrainte a augmenté – notamment par l'application de la majorité inversée – sans que l'obligation n'ait été précisée, posent le même type de problème. Plus le degré de contrainte augmente sans que la précision des normes ne s'améliore, plus la situation discrétionnaire est forte. Selon cette logique, le flou des normes ne serait pas conforme aux principes de l'État de droit parce qu'il donnerait un pouvoir trop large à la Commission (et au Conseil), et qu'il placerait les États dans une situation d'insécurité juridique.

La gouvernance économique de l'Union constitue-t-elle une réelle menace pour l'État de droit ? On peut arguer, en défense du système actuel, que ce sont les États membres qui ont mis en place la gouvernance par la règle et ont choisi volontairement de placer les politiques macro-économiques dans une logique d'intégration par le droit. Selon cette logique, la Commission et le Conseil sont dans une situation quasi-juridictionnelle, semblable à celle de la Commission dans le domaine du droit de la concurrence. Le rôle naissant de la Cour de justice confirme l'idée que la juridicisation de la gouvernance économique est aussi une juridictionnalisation. La Commission, et dans une moindre mesure le Conseil et la Cour, ont reçu délégation de la part des États pour vérifier la bonne application de la règle et exercer une fonction d'interprétation de la règle. Que la règle soit imprécise importe peu ; seule compte l'existence de la délégation.

On peut sans doute imaginer un perfectionnement du système de gouvernance par la règle, afin qu'il soit plus proche des critères de l'État de droit. On pourrait, par exemple, définir avec plus de précision les règles à respecter, mais aussi juridictionnaliser encore plus le système en renforçant les pouvoirs de la Commission, voire en octroyant un pouvoir de contrôle au juge. Les problèmes qu'une telle évolution serait susceptible de générer concernent plus généralement les rapports entre

droit et économie. Est-il possible et souhaitable de placer les politiques macro-étatiques des États dans un cadre rigide fixé par le droit ? La critique adressée au PSC au début des années 2000 et consistant à dire que les objectifs du Pacte ne tiennent pas compte de la conjoncture économique et d'autres aléas, ne ferait qu'augmenter si l'on décidait à la fois de préciser les règles de la gouvernance économique et de renforcer la contrainte exercée sur les États.

B. Gouvernance économique et démocratie

Le deuxième mode d'évaluation consiste à situer la gouvernance économique européenne par rapport au critère de la démocratie[22]. En fixant des règles au contenu flou et en mettant de côté les parlementaires, les mécanismes instaurés ne semblent pas, à première vue, contribuer efficacement au renforcement du caractère démocratique de l'Union.

Il est vrai que les modalités de la gouvernance économique écartent le Parlement européen, tout en contribuant à un certain dessaisissement des parlements nationaux. Les budgets des États sont encadrés au niveau européen avant même que la procédure au niveau national ne démarre, ce qui limite fortement la marge de manœuvre des parlements nationaux. Les gouvernements, quant à eux, conservent une position centrale, tant au niveau européen qu'au niveau national. Ils maîtrisent la procédure budgétaire nationale et exercent collectivement le pouvoir de décision à l'échelle de l'Union, au sein du Conseil. Toutefois, lorsqu'il s'agit d'adopter des recommandations, voire des sanctions, ils dépendent assez largement du rôle de surveillance exercé par la Commission. Celle-ci est placée dans une situation assez analogue à celle dont elle peut se prévaloir dans le cadre de la procédure d'élargissement de l'UE : son influence dans la pratique excède largement les pouvoirs qui lui sont dévolus en droit. Sans avoir un pouvoir décisionnel ferme, elle dispose d'un réel pouvoir d'influence puisque c'est elle qui, avant le Conseil, évalue la bonne application des règles par les États. En outre, le vote à la majorité inversée au Conseil renforce considérablement les pouvoirs de la Commission qui n'a plus à trouver, au sein du Conseil, qu'une minorité d'États favorables à ses propositions. Face à la Commission, les États composent un groupe hétérogène, certains étant débiteurs, d'autres créditeurs, certains ayant une capacité d'influence forte du fait de leur

[22] On se situe ici dans la perspective dessinée par Fritz Scharpf. Voir par exemple : F.W. SCHARPF, *Monetary Union, Fiscal Crisis and the Disabling of Democratic Accountability*, in A. SCHÄFER et W. STREECK (eds), *Politics in the Age of Austerity*, Cambridge, 2013, p. 108.

taille, de leur poids économique et de leur bonne santé financière, d'autres une capacité plus réduite.

On comprend, dès lors, que plusieurs États aient fait état de leur mécontentement à l'égard de la Commission, sans attendre les réunions du Conseil où ils peuvent se prononcer collectivement sur les recommandations de la Commission. Par exemple, en 2012, en pleine négociation de son Semestre européen, le Premier ministre Mariano Rajoy déclare que l'Espagne reste un État souverain et ne suivra pas les lignes directrices européennes si elle n'a pas le dernier mot[23]. Après l'avertissement de la Commission adressée à l'Italie et à la France le 5 mars 2014, pour déficits excessifs, Sandro Gozi (sous-secrétaire italien aux affaires européennes) déclare : « nous savons qu'il est nécessaire d'introduire des mesures budgétaires ou en matière budgétaire, de même que des réformes constitutionnelles, pour rendre le système public italien plus efficace, mais les reproches de la Commission européenne sont excessifs et en partie faux … Nous attendons des évaluations plus objectives de la part de l'Union européenne »[24]. Ces déclarations, de même que le contexte général d'euroscepticisme que l'on observe dans un grand nombre d'États membres, contribuent à soulever le problème de la légitimité des mécanismes de gouvernance économique.

Trois arguments principaux viennent nuancer l'idée d'un manque de légitimité. Tout d'abord, il faut rappeler que ce sont les États membres qui ont fixé les règles du jeu. Les mécanismes mis en place ont tous été adoptés par les États, en co-décision avec le Parlement pour les règlements de 2011 et 2013. Les traités, qu'il s'agisse du traité de Maastricht ou du TSCG, ont été ratifiés au niveau national, par les peuples ou le plus souvent par les parlements.

Ensuite, la gouvernance économique de l'Union n'est pas entièrement aux mains de la Commission. Celle-ci doit composer avec les États dans le cadre d'un rapport de force qui ne lui est pas nécessairement favorable. S'il en va de la gouvernance économique comme d'autres domaines d'activités, les propositions la Commission n'ont de poids que si elles prennent en compte les positions des États, d'une majorité d'États, ou des plus importants parmi eux. Dans une certaine mesure, quand les gouvernements nationaux adressent des reproches à la Commission, c'est eux-mêmes qu'ils mettent en cause. La

[23] S. SAURUGGER, *Europeanisation in Times of Crisis*, in *Political Studies Review*, 2014, p. 181 et s.

[24] XINHUA, Italian Minister Highlights "Growth Strategy" in Response to EC Warning, 7 March 2014, http://news.xinhuanet.com/english/world/2014-03/07/c_133166994.htm.

majorité inversée a affaibli le poids des États au sein du Conseil. Mais le vote de sanctions par le Conseil n'est pas mis en pratique. L'essentiel se joue avant, dans le cadre d'une

Enfin, on peut aussi considérer, à rebours de la critique « démocratique », que la marge d'interprétation de la Commission (et du Conseil) est normale, car les deux institutions exercent le pouvoir politique dans le domaine de la gouvernance économique sur la base d'un transfert de compétences des États à l'Union. Les politiques budgétaires et macro-économiques relèvent désormais de deux niveaux d'autorité, le niveau européen et le niveau national. Le fait que les États soient soumis à la Commission en premier lieu, puis au Conseil en second lieu, n'est pas un signe de déficit démocratique mais un mode de fonctionnement « normal » dans le cadre d'un système multi-niveaux. Dans cette perspective, la Commission et le Conseil ne sont pas vus comme des entités quasi-juridictionnelles intervenant dans le cadre d'un mécanisme de gouvernance par la règle (postulat présenté dans la section précédente sur la gouvernance économique et l'État de droit). Ils forment, en réalité, un embryon de gouvernement économique qui pourrait être renforcé par l'octroi de nouveaux pouvoirs décisionnels, tandis que le Parlement européen serait investi de pouvoirs de contrôle. Ces évolutions viseraient le perfectionnement d'une démocratie européenne déjà existante, y compris dans le domaine de la gouvernance économique.

En résumé, lorsqu'on évalue les règles de gouvernance économique au regard de leur fonction d'intégration sociale, les arguments critiques ne semblent pas manquer. Ils ne permettent pas, cependant, et à condition de se doter de critères raisonnables, de conclure dans le sens du déficit démocratique ou du dysfonctionnement de l'État de droit.

* * *

La notion de *soft law* permet d'analyser finement la juridicité des règles de gouvernance économique européenne et d'en saisir les évolutions. Le postulat est que les règles sont plus ou moins chargées en droit, selon l'intensité de l'obligation et le degré de contrainte exercé sur le destinataire de la règle. L'obligation est donc variable (droit mou et droit flou), de même que la contrainte associée à la règle (droit doux).

Se demander s'il y a juridicisation des règles de gouvernance économique suppose d'évaluer ces deux éléments (obligation et contrainte) pour chacune des règles concernées. Depuis le lancement de l'Union économique et monétaire, on observe deux formes principales

de juridicisation : la création de règles de *soft law* ; le renforcement desdites règles et leur évolution vers le *hard law*.

En théorie du droit, cette juridicisation ne va pas sans problème et peut être considérée comme une évolution en trompe l'œil. En effet, au regard de la fonction d'intégration sociale exercée par le droit, les règles de gouvernance économique ne semblent pas idéales, à première vue, que ce soit sur le plan de l'État de droit ou sur le plan de la démocratie. Toutefois, on peut voir la Commission et le Conseil comme exerçant une fonction quasi-juridictionnelle dans le cadre d'un système de gouvernance par la règle (et donc d'un État de droit) ; on peut aussi les considérer comme une forme émergente de gouvernement économique dans le cadre d'un système démocratique multi-niveaux. Ce sont deux manières différentes de légitimer le pouvoir décisionnel dont ils sont dépositaires. La difficulté réside dans l'absence de choix entre les deux modèles. Les États membres n'ont pas clairement établi un système de gouvernance par la règle, de même qu'ils n'ont pas nettement opté en faveur d'un gouvernement économique. Cet entre-deux rend délicate l'appréciation de la juridicité des règles actuelles. Le renforcement de leur légitimité passe par un choix, soit en faveur de la juridictionnalisation du système, soit en faveur de la création d'un gouvernement économique. La première option supposerait le renforcement des pouvoirs de la Commission, qui présente par rapport au Conseil l'avantage d'être indépendante, et de la CJUE. La seconde impliquerait de nouvelles attributions au profit du Conseil et de la Commission, ainsi qu'une montée en puissance du Parlement.

L'IMITATION DU MODELE DE L'UNION EUROPEENNE DANS D'AUTRES CONTEXTES REGIONAUX

Rostane MEHDI*

SOMMAIRE : 1. L'archétype européen. – 2. L'inclination (presque) universelle à l'intégration ? – 3. Une question complexe. – I. L'ombre portée du modèle européen. – A. Les « invariants » de l'intégration. – 1. L'intégration comme projet irénique. – a. Les « forces combinées de la catastrophe et de la réconciliation ». – b. Les ferments identitaires. – 2. L'intégration est un catalysateur. – a. Renforcer les interdépendances et s'affirmer dans la mondialisation. – b. La création d'un espace cohérent. – B. L'acclimatation parcellaire du modèle européen. – 1. La duplication institutionnelle et juridique. – a. « Quadrilatères » institutionnels. – b. Le système des sources. – 2. La juridictionnalisation des ordres « communautaires ». – a. L'aménagement des voies du droit. – b. Le volontarisme des juges. – II. L'imparfaite transposabilité d'un modèle encore singulier. – A. La difficile dissolution des concurrences. – 1. La culture de résistance des États membres. – a. La perméabilité variable du tissu constitutionnel. – b. La rétivité des institutions nationales. – 2. L'intégration prise dans les rets de la souveraineté. – 3. Les incohérences politiques de l'UE. – B. L'introuvable consubstantialité démocratique. – 1. L'intégration est-elle d'essence démocratique ? – 2. Le dysfonctionnement des organes de légitimation.

Le modèle européen a-t-il été l'objet d'une acclimatation sous d'autres latitudes ? Telle est en substance la question qui nous est posée. Aller au fond des choses supposerait une expertise des différents systèmes observés dont je ne peux malheureusement pas m'enorgueillir. Pour autant, la question n'a, sous l'angle choisi par les organisateurs, rien d'absurde et cela pour deux raisons principales. Elle n'en reste pas moins redoutablement complexe.

1. *L'archétype européen*

Tout d'abord, l'Union européenne est bien une sorte d'archétype, c'est-à-dire un modèle général, symbole d'une expérience aboutie (ou du moins se plaît-on à le croire). Elle se distingue par sa capacité à articuler

* Professeur de droit européen, Aix-Marseille Université ; Professeur visiteur, Collège d'Europe, Bruges.

avec un certain succès sophistication juridico-institutionnelle et ambition d'un projet politique qu'elle conçoit elle-même comme universel. Cet universalisme est cœur d'une identité dont on sait qu'elle s'adosse à des valeurs de structuration autant que de projection. L'article 2 TUE dispose à cet égard que « l'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme, y compris des droits des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux États membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ». La Cour a d'ailleurs récemment rappeler que l'ordre juridique de l'Union forme une construction juridique reposant « sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée »[1]. L'article 3 § 5 TUE poursuit en soulignant que « dans ses relations avec le reste du monde, l'Union affirme et promeut ses valeurs et ses intérêts et contribue à la protection de ses citoyens ». En cela, l'Union est donc conçue comme une exportatrice de normes[2].

La construction de cet archétype s'enracine, en outre, dans une matrice théorique offrant une grille d'analyse dépassant de loin le cadre étroit de l'Europe. Le fonctionnalisme a, en effet, donné à l'intégration le socle intellectuel qui lui a permis de prospérer notamment dans sa déclinaison européenne. L'intégration doit être comprise ici comme « le processus par lequel les décisions qui étaient prises auparavant par des responsables d'États-nations distincts sont maintenant prises par des personnes qui relèvent d'un centre nouveau (l'organisation internationale). Le fonctionnalisme international est le processus par lequel des activités spécifiques (fonctions) sont maintenant exécutées par des organisations internationales et non par différentes autorités d'États-nations »[3]. Le fonctionnalisme permet finalement de définir le cadre opérationnel dans lequel se déploie l'action d'une organisation dont les desseins normatifs s'inscrivent eux-mêmes dans un registre supranational[4]. L'un ne se conçoit pas sans l'autre. En cela, les objectifs assignés à l'organisation sont à l'évidence plus ambitieux que ceux l'on fixe traditionnellement aux

[1] Avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, pt. 168.

[2] I. MANNERS, *Normative power Europe : a contradiction in terms ?*, in *Journal of Common Market Studies*, 2002, p. 235.

[3] C.F.ALGER, *Fonctionnalisme et intégration*, in *RISS,* 1977, p. 77.

[4] J.-M. SOREL, *L'institutionnalisation des relations internationales*, in J.-M. SOREL & E. LAGRANGE, *Droit des organisations internationales*, Paris, 2013, sp. p. 30 et s.

organisations internationales dans la mesure où il s'agit ici d'aller au-delà de la simple coopération ; formule dont on sait qu'elle laisse subsister la structure classique de la société internationale en États souverains[5].

Réfutant la « vision d'un monde découpé bien nettement en compartiments isolés appelés États ou nations ne reflètent pas la réalité des faits dans une grande partie de la planète », David Mitrany s'attachera à identifier les fonctions essentielles de la société internationale en partant moins des intérêts étatiques que des besoins réels des populations. Dans cette perspective, l'organisation du pouvoir ne pouvait plus être pensée sur une base territoriale, celle-ci étant démonétisée, mais en vertu de considérations fonctionnelles. Dans cette logique, la souveraineté des États devait être contournée et dépassée par des institutions auxquelles sont confiées des fonctions d'intérêt général. Cette appréhension des grandes questions internationales offrait des gages d'efficacité tout en assurant une paix durable[6].

C'est en Europe que le fonctionnalisme recevra ses lettres de noblesse. Il sous-tend la démarche initiée par le Plan Schuman autant que celui-ci va nourrir le renouveau de la recherche académique. Dans *The Unity of Europe* (1958), Haas estime que l'intégration de structures économiques doit mener, par l'effet d'une dynamique ascendante, à une « communauté politique ». J. Monnet rappelle dans ces mémoires que l'autorité internationale chargée d'assumer l'entière responsabilité de la production franco-allemande de charbon et d'acier aurait « pour tâche d'unifier les conditions de base de la production et de permettre ainsi l'extension graduelle aux autres domaines d'une coopération effective à des fins pacifiques »[7]. Animateur du comité d'action pour les États-Unis d'Europe, il reprenait à son compte la déclaration de celui-ci selon laquelle « C'est au fur et à mesure que l'action des communautés s'affirmera que les liens entre des hommes et la solidarité qui se dessinent déjà se renforceront et s'étendront. Alors, les réalités elles-mêmes permettront de dégager l'union politique qui est l'objectif de notre communauté »[8]. Par un mécanisme d'engrenage, un maillage institutionnel étendu modifiera les mécanismes de décision, allant jusqu'à toucher les domaines politiques les plus sensibles et conduire les États à abandonner de larges pans de leur souveraineté; phénomène de transfert progressif des loyautés vers l'autorité supranationale. L'effet de *spill over* peut être

[5] G. DEVIN, *Que reste-t-il du fonctionnalisme ? Relire David Mitrany (1888-1975)*, in *Critique internationale*, 2008/1, p. 146.

[6] J.-M. SOREL, *loc. cit.*

[7] J. MONNET, *Mémoires*, Fayard, 1976, p. 427.

[8] *Ibid.,* p. 641.

complété dans certains cas par un effet cliquet. Il en est ainsi de la construction communautaire. A cet égard, la dynamique de l'intégration économique repose sur l'idée d'irréversibilité du processus (sans doute démentie à l'épreuve des faits). L'accroissement de l'interdépendance économique, mais aussi l'intensification de la coopération politique et le rapprochement des réglementations juridiques ont pour conséquence de consolider les avancées vers l'intégration et de rendre tout retour en arrière sinon impossible, du moins plus coûteux économiquement et socialement que le maintien du statu quo ou le passage à l'étape suivante.

2. *L'inclination (presque) universelle à l'intégration ?*

On relève que l'aspiration à l'intégration régionale est à la fois ancienne et, à certains égards, (presque) universelle. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut en évoquer quelques illustrations. Sans en revenir aux formes de fédéralismes primitifs de la Grèce ancienne, on peut, par exemple, songer au rêve bolivarien d'unité continentale. Véritable mythe de Sisyphe[9], il témoigne de l'étonnante fascination que nourrirent les pères des indépendances pour des projets dont la première conséquence aurait été de dissoudre les souverainetés fraichement acquises dans des ensembles débordant les frontières étatiques. L'esprit du siècle des lumières imprégna ce monde naissant au point d'exercer « une influence décisive non seulement sur les luttes d'émancipation, mais aussi sur l'organisation politique des nouvelles nations »[10] américaines. Issues d'un même creuset spirituel, elles révélaient une « personnalité juridique propre et reconnaissable »[11] particulièrement sensible à l'idée d'intégration (même si ce terme est empreint ici d'anachronisme). Avant de prendre la physionomie qu'on lui connaît aujourd'hui, le sous-continent s'est en effet forgé politiquement aux termes d'une évolution heurtée. Le géographe M. Foucher relève, en ce sens, que « le passage de l'empire espagnol à la carte actuelle fut marqué par des épisodes plus ou moins brefs de mise en place d'ensembles fédérés »[12]. Ces tentatives ont échoué, la « révolte [ayant] brisé l'unité factice de la conquête »[13] et

[9] S. SBERRO, *L'intégration régionale en Amérique Latine : le mythe de Sisyphe*, in *Pouvoirs*, 2001/3, p. 49.

[10] F. J. URRUTIA, *La codification du droit international en Amérique*, cit, p. 91.

[11] J. M. YEPES, *Les problèmes fondamentaux du droit des gens en Amérique*, *RCADI*, T. 32, 1934, p. 8.

[12] M. FOUCHER, *L'invention des frontières*, Paris, 1986, p. 179.

[13] P. CHAUNU, *Histoire de l'Amérique Latine*, Paris, 1993, p. 58.

emporté le grand rêve[14]. Trop fragiles pour perdurer, ces regroupements artificiels disparurent les uns après les autres[15]. Ainsi, la Grande Colombie se scinda en trois nations, la Bolivie se détacha du Pérou, l'Uruguay naquit d'un conflit entre le Brésil et l'Argentine, tandis que la République fédérale d'Amérique Centrale laissait place à cinq nouveaux États.

Le rejet originel mais fugace par l'Afrique de l'État avatar de la domination coloniale, l'utopie panarabe[16] sont autant de chimères inaccomplies. Ce tour d'horizon illustre le fait que la « région » est généralement perçue comme une échelle pertinente sans que cela ne préjuge évidemment de la réussite des projets d'intégration. Cela tient au fait que plus qu'un décret de la nature, la région est une construction de l'esprit inscrivant dans l'espace une « certaine solidarité internationale»[17]. Le développement d'expériences régionales évoque une idée, émise en son temps par Grotius[18], selon laquelle le développement du droit international n'est pas une affaire exclusivement universelle. Des principes et des règles juridiques peuvent éclore et s'appliquer dans des cercles restreints d'entités que cimenteraient d'étroites accointances. Souvent manifeste, le décalage entre données physiques et réalités sociopolitiques fait cependant de la région un concept à éclipses sur lequel il est hasardeux de fonder trop d'attentes. On ne peut, par ailleurs, ignorer la rétivité durable de certaines régions à l'intégration[19].

3. *Une question complexe*

L'imitation, voilà un terme qui suscite spontanément plus de doutes qu'il n'éclaire le sujet soumis à notre réflexion. Si l'on s'en tient aux

[14] Dont le Congrès de Panama scelle l'échec [1823].

[15] Pour P. CHAUNU, *op. cit*., p. 58 «Tel est le grand drame de l'Indépendance, elle amène avec elle le morcellement et l'impuissance». Dans un propos apocryphe que lui prête Gabriel Garcia-Marques, le maréchal J. Sucre aurait affirmé, à cet égard, «C'est une dérision du destin. c'est comme si nous avions semé à une telle profondeur l'idéal de l'indépendance que ces peuples tentent maintenant de devenir indépendants les uns des autres», in *Le général dans son labyrinthe*, Paris, 1989.

[16] M. LAVERGNE, « Monde arabe : de la quête de l'unité au destin partagé », *Revue internat. et stratégique*, 2011/3, nº 83, p. 67.

[17] S. BELAÏD, *Y a-t-il un système régional arabe ?*, in *Le système régional arabe*, sous la direction de M. FLORY et P.-S. AGATHE, Paris, 1989, p. 16.

[18] «*Saepe in una parte orbis terrarum est jus gentium quod alibi non est*», *De jure belli ac pacis*, I, c, I, I, § 44.

[19] - Pour une analyse de la situation en Asie, L. HENRY, *Mutations territoriales en Asie centrale et orientale*, Paris, 2008, p. 516 et s.

définitions vernaculaires, l'imitation désigne l'action de reproduire volontairement ou de chercher à reproduire une apparence, un geste ou un acte d'autrui. Il est vrai que l'imitation peut être le fruit d'un processus volontaire ou involontaire, conscient ou inconscient. Elle peut procéder d'une démarche instinctive, manifestation de dispositions grégaires ou au contraire très construite.

Or, la complexité de la question posée tient principalement au fait qu'il est difficile de prendre l'exacte mesure de l'influence exercée par un modèle dont il ne suffit pas de souligner dans une sorte d'élan pavlovien la force d'entrainement. Savoir si l'Union européenne a effectivement essaimé soulève le problème de l'identification des (éventuels) canaux d'imprégnation. Sans doute parce que la migration ou le transfert, même partiel, du modèle s'opère fréquemment au moyen de vecteurs extra-juridiques : un imaginaire, parfois honteusement, partagé. Y penser toujours, n'en parler jamais … En effet, on peut constater que cet héritage est rarement revendiqué ce qui conduit sans doute à considérer que si le modèle européen est pensé par ses promoteurs comme transposable par essence, il n'est pas sûr qu'il soit appréhendé comme tel par les acteurs de processus en cours dans d'autres contextes régionaux. Plus que le fruit d'une démarche d'acquisition plus ou moins achevée ou assumée, les expériences d'intégration conduites ailleurs qu'en Europe n'illustrent-elles pas plutôt cette vérité selon laquelle des préoccupations comparables (fermer une parenthèse historique ; jeter les bases d'une transition politique…) produisent des résultats tendanciellement similaires ? Dit autrement, il y aurait des « invariants » de l'intégration régionale se manifestant quelles que soient les circonstances considérées. Il s'agirait donc moins de décrire un processus de mimétisme réfléchi que de vérifier l'hypothèse selon laquelle la réunion d'un certain nombre de facteurs suscite immanquablement une convergence spontanée. Finalement, il est sans doute plus aisé de montrer en quoi l'imitation du modèle européen est pour l'essentiel pour ne pas dire toujours inachevée.

I. L'ombre portée du modèle européen

Il n'y a en réalité que peu de traces ou d'indices permettant de s'assurer de la généalogie européenne des expériences observées notamment en Amérique Latine et en Afrique. Le modèle européen semble incontournable sans pour autant apparaitre systématiquement dans le champ discursif des motivations politiques et des justifications juridiques présidant aux intégration menées sous d'autres latitudes.

A. Les « invariants » de l'intégration

Si les ressorts du processus de construction européenne ne sont pas si différents de ceux qui sont au principe d'autres entreprises du même type, les canaux juridiques d'influence ou d'acculturation n'en sont pas moins difficilement perceptibles. On peut évidemment rappeler que l'Europe œuvre à la diffusion de son modèle en appuyant, là où elle le peut, le régionalisme. A cette fin, elle a construit depuis le début des années 90, un discours empreint d'idéalisme par lequel elle prétend défendre un projet par essence non hégémonique procédant « des valeurs partagées de libertés, de démocratie, de respect des droits de l'homme, de tolérance, d'égalité des sexes, de solidarité et de non-discrimination ». Une doctrine qui se fonde sur la conviction (sans doute naïve) que les États européens auraient créé un environnement collectif « de paix, de stabilité et de prospérité » grâce à des « structures novatrices et uniques en leur genre qui transcendent la coopération internationale traditionnelle ». Décrite comme « un gisement d'idées à exploiter pour la gouvernance mondiale »[20], le succès de l'expérience résulterait de l'affirmation de la primauté de la règle de droit, de la culture de compromis et de la capacité à résoudre pacifiquement les conflits. L'intégration permettrait pour le bien de tous de « domestiquer et multilatéraliser l'action internationale des États »[21]. Tout cela explique donc la volonté de privilégier, dans la mesure du possible, l'établissement de rapports entre groupes régionaux plutôt qu'avec des États[22].

Cependant, ce volontarisme européen ne suffit pas à éclairer les raisons si ce n'est d'une généralisation du modèle européen du moins d'évolutions convergentes. Existerait-il un déterminisme en vertu duquel les intégrations procéderaient d'une genèse comparable et de prérequis assez proches ? Dit autrement, l'intégration (quelles que soient les formes qu'elle revêtira effectivement) présenterait des traits invariants : elle serait toujours une réponse à situation donnée ; elle exprimerait une vision du monde ; elle s'inscrirait dans une dynamique.

[20] Commission européenne, Objectifs stratégiques 2000-2005 : donner forme à la nouvelle Europe, COM (2000) 154 final, *JOUE*, 21 mars 2000, nº C-81, p. 2.

[21] S. SANTANDER, *L'Union européenne, l'interrégionalisme et les puissances émergentes – Le cas du 'partenariat' euro-brésilien*, in *Politique européenne,* 2013/1, p. 114.

[22] *Ibid*., p. 115, note nº 7.

1. *L'intégration comme projet irénique*

a. Les « forces combinées de la catastrophe et de la réconciliation »[23]

La construction européenne est d'une essence profondément irénique. Sans tomber dans les approximations historiques d'un discours vantant les mérites de la réunification d'une Europe traversée depuis toujours par des fractures de toute nature[24], la fondation des Communautés puis de l'Union constitue l'étape décisive d'une démarche au centre de laquelle le droit apparaît comme un instrument de dépassement définitif des conflits. Or, on relève que les mêmes préoccupations ont pu pousser à des rapprochements tout aussi spectaculaires. C'est ainsi la volonté de solder une inimitié séculaire qui a conduit le Brésil et l'Argentine, sortant tous deux de longues périodes de glaciation politique, à prendre langue et à se lancer dans la construction du Mercosur[25]. Tout comme ce fut le cas en Europe lors des élargissements au Sud et à l'Est, l'intégration est ici aussi appréhendée comme un point d'ancrage de l'idéal démocratique. En effet, « la recherche d'appuis extérieurs était l'une des stratégies susceptibles de renforcer la pérennité des institutions, qui allaient en quelque sorte être légitimées de l'extérieur par des accords régionaux »[26]. Y percevant un réducteur d'incertitude[27], les présidents argentin et brésilien reconnaitront que l'intégration économique est un moyen de consolider la démocratie. Aussi, signeraient-ils le premier traité d'intégration en 1986 qui mènera lui-même au traité d'Asuncion après que le Paraguay et l'Uruguay se furent rapprochés de leurs deux grands voisins composant un couple qui n'est pas sans rappeler le moteur franco-allemand[28].

[23] J. TENIER, *Panorama comparatif des dynamiques d'intégration*, in C. FLAESCH-MOUGIN et J. LEBULLENGER, *Regards croisés sur les intégrations régionales : Europe, Amériques, Afrique*, Bruxelles, 2010, p. 12.

[24] « Dans l'histoire de l'Europe (…) le chapitre des dissemblances reste aussi important que celui des ressemblances », L. FEBVRE, *L'Europe, genèse d'une civilisation*, Paris, 1999, p. 38.

[25] S. SBERRO, *op. cit.*, p. 57 et s.

[26] C. AUROI, *Tentatives d'intégration économiques et obstacles politiques en Amérique latine dans la seconde moitié du XXème siècle*, in *Relations internationales*, 2009/1, p. 107.

[27] O. DABENE, *L'intégration régionale dans les Amériques. Le Mercosur*, Paris, 1998, p. 47, cité par C. AUROI, *op. cit.*, p. 107, note nº 44.

[28] Comme le note F. D'ARCY, *La perspective politique du Mercosur : comparaison avec l'Union européenne*, in *Droit et société*, 2005/1, p. 25-26 : « il ne fait pas de doute

b. Les ferments identitaires

L'intégration est un môle auquel s'arriment des États qui partagent une langue commune, un passé colonial comparable ou encore une appartenance religieuse. S. Bolivar justifiait ainsi l'intégration des anciennes colonies espagnoles par la communauté d'origine, de langue, de mœurs et de religion. L'idéal d'intégration est même décrit comme indissociable de l'identité de l'Amérique Latine[29]. Les effets de proximité favorisent eux-mêmes la densification des échanges. Les économistes usent à cet égard d'une expression que nous reprendrons volontiers ; ils parlent « d'intégration naturelle »[30]. Les éléments identitaires partagés forment à n'en pas douter des variables propres à réduire la « distance psychologique »[31] séparant des États.

2. *L'intégration est un catalyseur*

Quand les héritages compte finalement moins que le « projet », l'intégration devient un objectif dont la réalisation dépend toujours d'un jeu subtil d'interdépendances et de spécialisation[32]. Le mouvement qui s'engage alors infiltre au plus profond le tissu des sociétés concernées. La constitution effective de l'espace régional suppose que soient réunies diverses conditions liées à l'ordonnancement de l'ensemble autour de normes communes et de l'implication d'un éventail le plus large possible d'acteurs institutionnels, para-institutionnels voire privés; on pense ici au rôle que peuvent jouer les élites dans la formation d'un corpus de pensée favorable ou, au contraire, hostile à l'intégration.

a. Renforcer les interdépendances et s'affirmer dans la mondialisation

Comme en témoigne la « force de l'exemple européen »[33], les acteurs régionaux doivent être convaincus que l'intégration est rendue pos-

que l'avenir de l'intégration sud-américaine est conditionnée par l'entente entre Brésil et Argentine ».

[29] S. SBERRO, *op. cit.*, p. 49.

[30] A. JACQUEMIN et A. SAPIR, cité par D. LABARONNE, *Les difficultés de l'intégration économique régionale des pays maghrébins*, in *Mondes en développement*, 2013/3, p. 100.

[31] *Ibid.*

[32] J. TENIER, *op. cit.*, p. 5.

[33] *Ibid.*

sible autant que nécessaire par leur complémentarité économique et leur capacité à susciter des économies d'échelles. C'est précisément ce souci de rassemblement des forces en vue de conforter leur autonomie par rapport à un environnement international qu'ils n'entendaient plus subir qui a conduit les États européens à s'engager dans un processus d'intégration et que plus tard les États du cône sud ont décidé de créer un marché commun. Ce sont encore de raisons comparables qui ont incité les trois États d'Amérique du Nord à joindre leur potentiel au sein de l'ALENA. Par ailleurs, les promoteurs de l'intégration nourrissent généralement le dessein de renforcer les interdépendance tout en s'affirmant dans la mondialisation. En ce sens, on peut rappeler, par exemple que pour la Commission des Nations Unies pour l'Amérique Latine (CEPAL) le régionalisme est un « processus d'interdépendance économique croissant au niveau régional. Ce processus est encouragé aussi bien par des accords préférentiels d'intégration que par d'autres politiques dans un contexte d'ouverture et de déréglementation avec l'objectif d'augmenter la compétitivité des pays de la région et de constituer dans la mesure du possible, un fondement pour une économie internationale plus ouverte et transparente »[34].

Se construire pour soi mais aussi contre les autres … Il s'agit d'une figure finalement classique. L'Europe communautaire répond, en tant que projet, parfaitement à cette dualité dans la mesure où elle visait à éteindre les risques de guerre tout en tenant en respect la menace extérieure (à l'époque principalement soviétique). C'est également en réponse à l'hégémonisme communiste que l'ASEAN se constitue. De même, est-ce pour se liguer contre l'Apartheid que les États d'Afrique Australe forment une ligne de front base de la future SADC. La conscience de l'adversité permet de transcender les rivalités locales et les intérêts particuliers. Le Mercosur et l'ALENA ont eux-mêmes été conçus pour « stimuler les échanges » autant que comme des « constructions de type politique obéissant à des préoccupations de sécurité interne – retrouver et raffermir la démocratie – et de positionnement global dans un monde de plus en plus internationalisé et dominé par de grands groupes ou États »[35].

b. La création d'un espace cohérent

Sans vouloir céder au « travers » institutionnaliste que cultive vo-

[34] Cité par C. AUROI, *op. cit.*, p. 106.
[35] *Ibid*., p. 107.

lontiers la doctrine française, il semble difficile d'envisager une intégration régionale sans que celle-ci puisse s'adosser (ou être portée) par une structure institutionnelle. Ces organes sont en principe le gage d'une certaine efficacité dans la mesure où ils devront formuler des initiatives et veiller à ce que celles-ci soient exécutées. Les solutions varient cependant en fonction de la capacité des États membres à accepter l'émergence d'un centre d'imputation et d'initiative autonome par rapport à leur influence voire à leur contrôle. En outre, l'organisation doit pouvoir disposer de ressources financières échappant en tout ou partie à la volonté (bonne ou mauvaise) des États membres. C'est ainsi, par exemple, que l'article 70 du traité CEDEAO dispose que le budget est notamment alimenté par un prélèvement communautaire. Mais, en attendant la mise en place de ce prélèvement, le budget reste abondé par des contributions volontaires …

L'intégration impose idéalement de s'assurer que les règles régissant le fonctionnement du marché se déploieront harmonieusement au besoin en l'orientant et qu'elles garantiront le libre jeu de la concurrence. Le Mercosur et les Unions économiques et monétaires africaines mettent en œuvre avec une fortune variable un modèle reposant sur des mécanismes de police économique et de règlement des différends. Autrement dit, l'intensité de l'intégration sera mesurée par la plus ou moins grande capacité d'action au niveau régional concernant : le règlement des différends commerciaux et économiques ; l'abaissement des frontières douanières par l'établissement d'une ZLE ou (dans une version plus ambitieuse) d'une Union douanière ; l'organisation commune de marchés ; la politique d'infrastructure ; l'existence ou non de mécanismes de solidarité.

Enfin, l'intégration ne saurait exclusivement viser la mobilité du capital et la recherche d'avantages comparatifs. Sans doute est-ce l'une des limites dont souffre l'ALENA dont les créateurs ont fait le pari de favoriser précisément la mobilité du capital et des biens tout en entravant la circulation des personnes. La liberté de circulation notamment dans sa dimension personnelle est un levier essentiel de réalisation de l'intégration car elle confère à celle-ci une « âme » et en favorise l'appropriation par les peuples. Au-delà, la liberté de circulation des personnes conduit à s'interroger sur le degré d'intégration des peuples eux-mêmes. C'est ainsi que les États fondateurs de la CEDEAO et la

CEMAC ont fait le choix d'inscrire ce principe dans leur charte constitutive ce qui, il est vrai, ne préjuge en rien de son effectivité[36].

B. L'acclimatation parcellaire du modèle européen

Il s'avère difficile d'interpréter les traces d'une influence qui n'est pas toujours expressément assumée. On ne peut prétendre ici à l'exhaustivité, nous essaierons donc de capter certains indices propres à accréditer cette idée. Il apparaît que ces éléments s'inscrivent dans des registres très variés. D'aucuns renvoient à une adhésion symbolique à un modèle d'organisation régionale, d'autres procèdent d'aménagements institutionnels ou encore de la pratique des organisations considérées. Il est vrai que l'observateur européen est fréquemment gagné par le sentiment qu'il évolue ici dans une atmosphère familière faite de connivence intellectuelle. Moins que les États ou les institutions se sont bien souvent les écrits doctrinaux qui soulignent les liens unissant telle expérience régionale au modèle européen[37].

1. *La duplication institutionnelle et juridique*

a. « Quadrilatères » institutionnels

Cette impression est liée d'abord à une forme de mimétisme sémantique parfois plus qu'à un fonctionnement des dispositifs institutionnels conformes aux ambitions politiques affichées. La proximité est particulièrement évidente avec les organisations d'intégration régionale africaines.

En ce sens, on relève le souci d'assurer une représentation des différentes légitimités. Par exemple, la CEDEAO repose sur une architecture quadripartite ménageant à chacun la place à laquelle il pense pouvoir prétendre : la légitimité intergouvernementale s'incarne dans la Conférence des Chefs d'État et de gouvernement et le Conseil des ministres ; la légitimité démocratique dans le Parlement ; les impératifs d'intégration sont portés par la Commission (antérieurement secrétariat exécutif, commission depuis 2006 un changement d'appellation qui veut avoir du sens) ; et une cour de justice veille à la bonne application du droit. Il

[36] S.P ZOGO NKADA, *La libre circulation des personnes : réflexions sur l'expérience de la CEMAC et de la CEDEAO*, in *RIDE*, 2011/1, p. 113.

[37] G. TATY, *La procédure de renvoi préjudiciel en droit communautaire*, in *Revue de droit uniforme africain*, 2011, p. 28.

n'en va pas différemment de la CEMAC[38] ou de l'UEMOA[39]. On peut ajouter à ces constatations cursives, le fait qu'il est systématiquement rappelé que la Commission ou la Cour exerce leurs missions en toute indépendance.

b. Le système des sources

Il n'est pas rare que les organisations d'intégration (particulièrement africaines) adoptent une nomenclature des actes reprenant au moins en substance les dispositions de l'article 288 TFUE. Ce faisant, ils adhèrent à une sorte de matrice juridique. On note ainsi que l'article 42 du traité UEOMA est l'exact décalque des dispositions équivalentes du TFUE. Ajoutons que les traités constitutifs peuvent définir les caractères propres au droit « communautaire ». En ce sens, l'article 10 du Traité instituant l'OHADA indique que les actes uniformes[40] « sont directement applicables et obligatoires dans les États Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure et postérieure ». On peut également évoquer l'article 3 du Traité portant création de la Cour de Quito en vertu duquel « les Décisions du Conseil Andin des Ministres des Relations Extérieures ou de la Commission [de la Communauté Andine] ainsi que les Résolutions du Secrétariat Général sont directement applicables dans les Pays Membres à partir de la date de leur publication au Journal Officiel de l'Accord [de Carthagène], à moins qu'elles ne signalent une date postérieure». Les traités définiront le cas échéant l'autorité des actes de l'organisation notamment dans leurs rapports avec le droit des États membres. C'est ainsi que l'article 6 du traité UEMOA stipule que les actes arrêtés par les organes de l'Union pour la réalisation des objectifs qui lui ont été assignés sont doués de prévalence sur toute législation nationale contraire, antérieure ou postérieure.

2. *La juridictionnalisation des ordres « communautaires »*

Il est dans la nature même de la fonction juridictionnelle de combler

[38] Conférence des chefs d'États ; Conseil des ministres de l'UEAC ; Comité ministériel de l'UMAC ; Commission de la CEMAC ; Banque des États de l'Afrique Centrale ; le Parlement communautaire ; la Cour de justice.

[39] Conférence des chefs d'États ; le Conseil des ministres ; la Commission ; le Parlement ; la Cour de justice ; la Cour des comptes.

[40] Cette appellation désigne des actes « pris pour l'adoption des règles communes » (art. 1er).

les béances qui affectent le système dans lequel elle se déploie. Il faut toutefois souligner que le juge exercera son office avec d'autant plus de liberté (créatrice) que, d'une part, des voies de droit lui permettront d'intervenir et que, d'autre part, les traités fondateurs n'auront pas cristallisé la situation en entravant toute velléité d'interprétation constructive. Comme la très précisément décrit L. Burgorgue-Larsen, dont nous nous contenterons de reprendre ici les excellentes analyses[41], les cours instituées dans le cadre d'organisations d'intégration régionale en Afrique ou en Amérique latine ont souvent initié un renforcement des ordres juridiques sur lesquels elles doivent veiller.

a. L'aménagement des voies de droit

La juridictionnalisation d'une organisation, puisque c'est de cela qu'il s'agit, dépend d'abord et en toute logique de l'existence de voies de droit. Sans elles, le juge, armé d'un sabre de bois, devrait se cantonner à un rôle de figuration … A cet égard, on relève l'importation parfois scrupuleuse de mécanismes de contrôle de la légalité des actes adoptés par les institutions de certaines des organisations considérées ou par leurs États membres. Sans pouvoir être exhaustif, on peut rappeler, par exemple, que la Cour UEMOA est compétente[42] pour connaître : du recours en manquement ; du recours en appréciation de légalité (ou en annulation) ; du plein contentieux de la concurrence ; du recours du personnel de l'Union, du recours en responsabilité (non contractuelle) ; du recours préjudiciel (appellation singulière); des avis, des recommandations ; des clauses d'arbitrage. Le recours en annulation peut être ouvert, selon les cas, non seulement aux requérants institutionnels mais aussi aux personnes physiques et morales sous réserve de justifier d'un « intérêt certain et légitime »[43] ou du fait que l'acte attaqué lui « fait grief »[44].

De même, la question préjudicielle de la CEMAC ou de l'UEMOA est une reprise à l'identique du dispositif réglant dans le TFUE le renvoi préjudiciel. Les fonctions qui lui sont assignées font écho à celles confiées à la CJUE : unification du droit communautaire ; intégration du

[41] L. BURGORGUE-LARSEN, *Prendre les droits communautaires au sérieux ou la force d'attraction de l'expérience européenne en Afrique et en Amérique Latine*, in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Paris, 2004, p. 563.

[42] Selon l'article 15, du Règlement n° 01/96/CM portant règlement de procédure de la Cour de Justice de l'UEMOA.

[43] Article 14 convention CEMAC.

[44] Selon l'article 15, paragraphe 2, du Règlement n° 01/96/CM portant règlement de procédure de la Cour de Justice de l'UEMOA.

droit communautaire ; sauvegarde des droits des justiciables et des libertés fondamentales. En outre, ce mécanisme donne lieu à une perception doctrinale profondément imprégnée par les travaux conduits sur ce sujet en Europe[45]. Néanmoins, à l'exception de la CCJA, la situation des juridictions africaines n'est pas sans évoquer le « désert des tartares » : une doctrine aussi claire que le rôle de ces juridictions peut être vide d'affaires en attente.

b. Le volontarisme des juges

Visant moins à régir une société existante qu'à créer une collectivité nouvelle, le droit communautaire européen est une construction « foncièrement téléologique »[46]. Dans cette perspective, la jurisprudence est devenue l'instrument d'une cohésion indispensable à la réalisation des objectifs poursuivis. A cet effet, la Cour promeut des méthodes d'interprétation transcendant les limites apparente de la charte constitutive ou de la législation qui en dérive. Le droit communautaire est alors appréhendé par la Cour comme un complexe d'éléments multiples devant s'imbriquer les uns aux autres selon une combinaison dont elle a défini l'ordonnancement. Développant une démarche tant systémique que téléologique elle retient comme fil conducteur de son interprétation le but poursuivi par le constituant ou le législateur communautaire. Envisageant l'acte qui lui est déféré à la lumière d'un terme de référence, le juge tente de reconstruire la volonté réelle ou supposée de ses auteurs, pénétré de l'idée que ceux-ci n'ont pas pu avoir en vue un résultat absurde ou dépourvu de consistance. Des indices laissent à penser que des

[45] M.M. MBACKE, *La Cour de justice de l'Union Economique et Monétaire Oues-Africaine (UEMOA). Son organisation, ses compétences et ses règles de procédure*, Dakar, 1999; K. MOUAFFO, *Le renvoi préjudiciel devant la Cour de justice de la CEMAC*, http://www.legavox.fr/blog/dr-kamwe-mouaffo/renvoi-prejudiciel-devant-cour-justice-14322.htm#.VMefE3aS07A ; A. R. OUOBA, *La primauté du droit communautaire de l'UEOMA sur le droit des États membres*, Université Saint-Thomas d'Aquin, Ouagadougou, Mémoire de maîtrise en droit public, 2012 ; « Pour une plus grande pédagogie du contentieux communautaire : réflexions sur la mise en œuvre des procédures de collaboration avec les juridictions sous régionales (renvoi préjudiciel et demande d'avis) », http://www.memoireonline.com ; G. TATY, *La procédure de renvoi préjudiciel en droit communautaire*, in *Revue de droit uniforme africain*, 2011, p. 28 ; G. TATY, *Pluralité des juridictions régionales dans l'espace francophone et unité de l'ordre juridique communautaire : problématiques et enjeux*, http://www.institut-idef.org/Nouvel-article, 3304.html ; Actes du Séminaire sous-régional de sensibilisation au droit communautaire et à l'intégration dans la zone C.E.M.A.C. Libreville-Gabon, 2005.

[46] J. BOULOUIS, *À propos de la fonction normative de la jurisprudence. Remarques sur l'œuvre jurisprudentielle de la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Mélanges M. Waline, Le juge et le droit public*, Paris, 1974, p. 149.

phénomènes comparables se sont produits (à des degrés divers) dans d'autres cadres régionaux. Les juges éclairent le sens des dispositions des traités au besoin en énonçant les principes de l'ordre juridique dont ils doivent assurer l'intégrité et, selon une conception largement partagée, le développement.

S'inspirant assez clairement des arrêts Costa[47] et Simmenthal[48], la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage (OHADA), par exemple, a posé que « la force obligatoire des Actes uniformes et leur supériorité sur les dispositions de droits internes »[49] ; y voyant « une règle de supranationalité » découlant de l'article 10 du traité OHADA. La Cour UEMOA n'a pas hésité à énoncer, en des termes que la CJUE n'aurait pas récusés, que l'Union est « une organisation de durée illimitée, dotée d'institutions propres, de la personnalité et de la capacité juridique et surtout de pouvoirs issus d'une limitation de compétences et d'un transfert d'attributions des États membres qui lui ont délibérément concédé une partie de leurs droits souverains pour créer un ordre juridique autonome qui leur est applicable ainsi qu'à leurs ressortissants »[50]. Il en va comme si le transfert d'un modèle institutionnel avait induit l'acculturation d'une grille d'analyse de l'intégration elle-même.

Les juges du Mercosur n'ont pas fait autre chose en affirmant qu'une « loi qui irait à l'encontre d'une règle prévue par un traité international – dont la place dans la hiérarchie des normes est au moins celle d'une loi interne – ne sera pas appliquée par le juge national. En ce sens, les règles comprises dans le traité d'Asuncion et l'article 7 inclus, ont un caractère auto-exécutoire puisque le droit n'admet pas de contradiction dans sa logique »[51]. Ce faisant, le huitième tribunal reconnaissait, certes implicitement, le principe de primauté et indiquait au juge national les conséquences qu'il lui faut tirer de cette prévalence dans son ordre juridique interne. Pour sa part, le juge andin a souligné combien l'applicabilité directe et l'effet direct assureraient à la norme communautaire, une force de pénétration dans les ordres juridiques internes en même temps qu'une meilleure protection des particuliers[52]. La Cour de

[47] CJCE, 15 juillet 1964, aff. 6/64, *Costa c. ENEL*.

[48] CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, *Simmenthal S.P.A*.

[49] Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, Avis consultatif, n° 002/99/EP, 13 octobre 1999 (demande d'avis de la République du Mali).

[50] Cour de Justice de l'Union Ouest-Africaine, Avis n° 002/2000, 2 février 2000 (demande d'avis de la Commission de l'UEMOA relative à l'interprétation de l'article 84 du traité de l'UEMOA).

[51] Paraguay c. Uruguay, 21 mai 2002.

[52] Cour de Justice de la Communauté Andine, arrêt n° 3-AI-96, cité et traduit par. L. BURGORGUE-LARSEN, *op.cit.* , p. 567, note nº 23.

Managua a, de son côté, adhéré aux méthodes d'interprétation systémique et téléologique inaugurées par son homologue de Luxembourg[53]. Dans la même veine, on relève, avec intérêt, que le premier tribunal du Mercosur dans l'affaire dite de « l'application de mesures restrictives au commerce réciproque » (28 avril 1999) n'hésite pas à citer les travaux de P. Soldatos[54] donnant plus que jamais à la doctrine des lettres de noblesse que les juges européens ne lui confèrent que rarement … Le renvoi exprès à la jurisprudence développée par la CJUE[55] ou le recours à un comparatisme plus discret permettent généralement aux juges africains ou latino-américains de conforter l'autorité de leur propres arrêts en puisant à une source que tout semble parer des vertus de l'authenticité[56].

II. L'imparfaite transposabilité d'un modèle encore singulier

L'Europe fait-elle sens au-delà de ses frontières[57] ? Les formes prises par l'intégration ne sont-elles pas le produit d'une expérience politique et historique nécessairement singulière ? Le processus de duplication ou au moins de diffusion est entravée à la fois par la persistance de rivalités entre États membres des organisations et de l'insuffisante perméabilité des expériences observées aux exigences de la démocratie (ou au moins de la démocratisation).

A. La difficile dissolution des concurrences

L'Union Européenne est douée d'une remarquable capacité de neutralisation des phénomènes de concurrence normative et politique. Aussi, la méthode communautaire vise-t-elle à atténuer, sans la nier, l'incidence des particularismes juridiques nationaux dans le seul objectif de favoriser l'émergence de règles du jeu communes. Cette volonté de canaliser les effets centrifuges inhérents à la structure même de l'Union se nourrit

[53] Cour centraméricaine de Justice, 27 novembre 2001, *Nicaragua c. Honduras*, cité et traduit par. L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit*., p. 568, note nº 25.

[54] J. KASMI, *Le système de règlement des différends du Mercosur : le rôle du 'juge mercosurien' dans le processus d'intégration régionale*, in C. FLAESCH-MOUGIN & J. LEBULLENGER, *op. cit*, sp. p. 94 et s.

[55] Comme l'a très précisément exposé L. Burgorgue-Larsen, les références seront intégrées selon les hypothèses, au rapport du juge rapporteur, aux conclusions des avocats généraux voire aux motifs des décisions, *op. cit.*, p. 569.

[56] Pour une analyse complète L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 568 et s.

[57] Telle est la question posée par J.-J. KOURLIANDSKY, *L'Europe fait-elle sens pour les pays du Sud ?*, in *Revue internationale et stratégique*, 2005/3, p. 71.

d'une sorte disposition sociologique au compromis tout en s'inscrivant dans son organisation institutionnelle. Il s'agit d'un signe distinctif de nature identitaire ce qui explique qu'il en aille rarement ainsi dans d'autres contextes régionaux.

1. *La culture de résistance des États membres*

Très courante, cette « culture de résistance » tient plus à des raisons structurelles qu'à des vicissitudes conjoncturelles. Elle révèle généralement la persistance d'un hiatus entre l'émergence d'une conscience régionale et l'attachement aux identités nationales.

a. La perméabilité variable du tissu constitutionnel

On observe ici un tableau très contrasté. Si plusieurs constitutions latino-américaines ont marqué, à la faveur de révisions parfois récentes, une ouverture assumée à l'égard des processus d'intégration, les constitutions africaines restent généralement plus timides (ou équivoques) sur le sujet.

L'article 4 de la Constitution brésilienne de 1988 s'inscrit explicitement dans une perspective « régionaliste » en disposant que la « République fédérative recherchera l'intégration économique, politique et sociale des peuples de l'Amérique Latine, visant à la formation d'une communauté latino-américaine des nations ». La Constitution de l'Equateur fait de l'intégration politique, culturelle et économique de la région andine, de l'Amérique du Sud et de l'Amérique latine une priorité et un axe de la politique étrangère de l'État (article 411). La Constitution bolivarienne fait assaut des mêmes sentiments en évoquant non seulement les politiques d'intégration mais aussi celles tendant, de manière plus ambitieuse encore, à l'Union avec les Latino-américains et les Caraïbes. La Constitution colombienne se caractérise elle aussi par une forte inclination intégrationniste. Elle indique ainsi que « l'État soutient l'intégration économique, sociale et politique avec les autres nations et notamment avec les pays de l'Amérique latine et des Caraïbes par la conclusion des traités qui, sur des bases d'équité, d'égalité et de réciprocité, créent des organes supranationaux, ou dont l'objet soit la création d'une communauté latino-américaine de nations » (article 227). A cet effet, elle envisage les conditions auxquelles peut s'opérer un transfert partiel de certaines attributions à des organes supranationaux dont l'objet est de soutenir ou de consolider l'intégration économique avec d'autres

États (article 150). C'est dans une logique comparable que l'article 153 de la Constitution bolivarienne dispose que « la République pourra attribuer à des organismes supranationaux, à travers des traités, l'exercice des compétences nécessaires pour mener à bien ces processus d'intégration », ajoutant que les « normes qui s'adopteront dans le cadre des accords d'intégration seront considérées comme partie intégrante de l'ordonnance légale en vigueur et d'application directe et supérieure à la législation interne ».

D'autres constitutions campent sur une position plus réservée ou ambiguë. Tout en affirmant la primauté de la Constitution, la Constitution bolivienne souligne que les règles issues du droit communautaire, dûment ratifiées, seront soumises à la loi fondamentale tout prévalant sur toutes les autres normes (article 410). Plus abruptement, l'article 56 de la Constitution péruvienne imposent que les traités modifiant ou dérogeant à une loi ou appelant des mesures d'exécution législatives soit approuvés par le Congrès. La Constitution hondurienne soumet quant à elle à l'intérêt national les actions que l'État pourrait mener en faveur d'une intégration économique (article 335).

La situation des constitutions africaines semble plus largement en retrait. Ainsi, les constitutions des États membres de l'UEMOA ou de la CEMAC proclament, au mieux[58], leur attachement à la cause de l'Unité africaine et de l'intégration régionale et sous-régionale[59]. Pour le reste, leurs dispositions relatives aux traités ne sont qu'une fidèle reprise des articles 54 et/ou 55 de la Constitution française. Il est frappant de relever que ces lois fondamentales s'inspirent d'un modèle dont elles semblent ignorer qu'il a été adapté aux exigences de l'intégration européenne. Seuls les constituants Sénégalais et Centre-africain vont sensiblement plus loin en admettant que l'État peut conclure avec tout État africain des accords d'association ou de communauté comprenant un *abandon* partiel ou total de souveraineté en vue de réaliser l'unité africaine. Toutefois, cette affirmation tient plus de la pétition de principe que d'un engagement ayant quelque chance d'être mis en œuvre.

b. La rétivité des institutions nationales

L'adhésion au modèle d'intégration ne serait-elle que nominale ? C'est en tous cas ce que laisse à penser la rétivité des institutions natio-

[58] Ce n'est pas le cas, par exemple, des Constitutions du Cameroun, de Guinée Equatoriale.

[59] La Constitution malienne, par exemple, ne mentionne pas le terme d'intégration.

nales à se soumettre aux disciplines communes en dépit d'options constitutionnelles généralement bienveillantes ou neutres. Il n'est pas rare que les organes législatifs ou judiciaires s'opposent à ce que le droit communautaire déploie la plénitude de ses effets[60]. Il est vrai, que la montée du néo-césarisme ou le retour à une forme de nationalisme ne sont pas de nature à atténuer un phénomène qu'attisent les rivalités pour un leadership régional. Par ailleurs, le vertige d'une puissance nouvelle peut amener un État à se déprendre (voire à affaiblir) les projets qu'il avait pourtant contribué à initier. A cet égard, la stratégie brésilienne « d'affirmation nationale » de ses intérêts essentiels vise à privilégier une diplomatie Sud/Sud dont elle définit de manière autonome les priorités prenant ainsi de cours les États-Unis et l'Union[61].

2. *L'intégration prise dans les rets de la souveraineté*

On est frappé de constater l'ineffectivité persistante de la règle commune dans nombre de régions qui se sont pourtant engagées dans des processus d'intégration. La primauté de la règle de droit « communautaire » reste purement théorique dans des systèmes où le politique tient encore souvent le juridique en l'état.

On sait l'importance pour une organisation d'intégration de pouvoir compter sur un organe de contrôle juridictionnel efficace. Dans cette perspective, il est nécessaire d'assurer au sein du système institutionnel la présence d'une cour apte à sauvegarder, contre les comportements déviants des autres institutions, des États membres voire des opérateurs privés, les principes essentiel de l'organisation ; principes dont elle aura, le cas échéant, contribué à définir la substance. Ce juge est au cœur d'un dispositif transactionnel en vertu duquel l'exercice par le pouvoir politique de ses prérogatives doit être équilibré par la perspective crédible d'une censure juridictionnelle. La légitimité politique et juridique du système dans son ensemble dérive pour une part importante de l'existence de mécanismes judiciaires d'ajustement favorisant une coïncidence salutaire entre l'action et le contrôle. Or, en pratique, les juridictions des différentes organisations d'intégration assument plus souvent un rôle très en deçà à celui assigné de la CJUE. L'inconsistance des procédures de règlement judiciaire des différends[62], l'indépendance

[60] Pour une illustration détaillée des stratégies de résistance déployées par les pouvoirs publics latino-américains, L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 578 et s.

[61] J.-J. KOURLIANDSKY, *op. cit.*, p. 78 ; également S. SANTANDER , *op. cit.*, p. 123.

[62] F. D'ARCY, *op. cit*., p. 33.

des organes juridictionnels souvent à conquérir, l'indigence matérielle de certaines organisations condamnent les juges à une forme de marginalité[63]. Ajoutons que lorsqu'elles sont saisies ces juridictions peuvent parfois adopter des raisonnements qui écornent sérieusement leur image. Ainsi que penser d'une décision par laquelle la Cour UEMOA fonde le principe de primauté non pas sur le traité fondateur mais par référence aux dispositions constitutionnelles de l'un des États membres (en l'occurrence le Mali)[64]. Ces faiblesses entament l'idée qu'existerait un ordre juridique semblable à celui que nous connaissons en Europe.

Plus largement, l'intégration est fréquemment victime des rémanences de la souveraineté. Il reste difficile pour ne pas dire impossible de disqualifier des États Nations très soucieux de préserver leur souveraineté[65]. Celle-ci sera d'autant mieux protégée que les rédacteurs des chartes constitutives veilleront à maintenir un mode de décision largement unanimitaire[66] ou consensuelle[67]. Le partage des responsabilités n'exclut jamais, pas même dans le contexte particulier de l'Union européenne, une emprise diffuse des États membres. Toutefois, les européens sont parvenus à constituer un espace au sein duquel les conflictualités sont domestiquées au moyen de mécanismes institutionnels adaptés. Sous d'autres latitudes, on assiste à un enlisement des expériences régionales en raison de lectures divergentes de l'intégration et de ses impératifs. C'est ainsi que la cohésion du Mercosur est inévitablement affaiblie par des tensions gênant l'émergence d'une « identité commune » et la « projection d'un espace géostratégique régional cohérent »[68]. La Communauté andine des Nations ne se porte guère mieux faute de régler des problèmes structurels conditionnant la réussite du projet. Si elle est parvenue à se doter d'un TEDC, le Pérou a refusé d'y participer tandis que la Bolivie était autorisée à y déroger. Cet échec témoigne de la difficulté à organiser une division du travail et des spécialisations au risque de renoncer à la recherche de complémentarités industrielles[69]. La prégnance de la souveraineté informe parfois la conception des modalités mêmes d'intégration. Ainsi, alors qu'en Europe le principe est celui d'une pleine

[63] Le cas de la CEMAC est, à cet égard, édifiant, G. TATY, *La procédure de renvoi préjudiciel en droit communautaire*, cit., p. 38.

[64] Avis 001/2003 du 18 mars 2003, Demande d'avis de la Commission de l'UEOMA relative à la création d'une Cour des comptes au Mali, *Rec.* 2004, p. 75.

[65] J.-M. SOREL, *op. cit.*, p. 31.

[66] Par ex. article 9 § 2 du Traité CEDEAO ; article 22 du Traité modifié de l'UEMOA.

[67] Par ex. article 19 du Traité de la SADC.

[68] S. SANTANDER, *op. cit.*, p. 122.

[69] C. AUROI, *op. cit.*, p. 105.

intégration des nouveaux États membres, il en va différemment dans d'autres organisations. Le Mercosur, par exemple, est enclin à élargir le cercle des États associés dont les chefs d'États et les ministres sont invités à participer aux réunions du Conseil du marché commun sans obligation de reprise de l'acquis. Ce peu d'exigence nuit inévitablement « à ce qui est un objectifs majeurs de l'intégration à savoir la capacité à établir un front commun dans les négociations commerciales avec l'extérieur »[70].

On l'aura compris, la proximité n'est jamais un gage de succès. Les pays du Maghreb constituent un cas intéressant de déni. Alors même que tous et chacun savent que le processus de construction régionale est objectivement l'un des moyens d'éteindre les querelles minant leurs relations mutuelles depuis l'aube des indépendances, empêtrés dans des processus de stato-genèses complexes, ils ne parviennent à s'entendre. Aussi, forment-ils l'ensemble le moins intégré sur le plan économique. Une situation qu'aggravent inévitablement l'enkystement des conflits politiques et l'incapacité subséquente à créer une intégration réussie. L'instabilité chronique de certaines régions rend plus improbable encore les chances de voir se concrétiser à brève échéance les principes de l'intégration. Ainsi qui peut imaginer une libre circulation des personnes effective dans une Afrique centrale et de l'ouest ravagée par un terrorisme paroxystique.

3. *Les incohérences politiques de l'UE*

On doit relever ici une forme de paradoxe dans la mesure où l'Union européenne a, en diverses circonstances, abandonné la doctrine consistant à favoriser une relation inter-régionale au profit de partenariats prioritaires avec des puissances émergentes (par ailleurs membres d'organisations d'intégration). Ce faisant, elle entame la cohérence même des ensembles avec lesquels elle entendait établir une association stratégique capable de peser sur la conduite des affaires mondiales[71]. En même temps, cette orientation tient compte, d'une part, de la persistance d'oppositions sur la plupart des dossiers majeurs et, d'autre part, des limites de la logique de relations de groupe à groupe initiée sans résultats tangibles par la Commission en direction du Mercocur et de la Communauté andine. Toutefois, cette évolution contribue à brouiller l'image

[70] F. D'ARCY, *op. cit.*, p. 26.
[71] S. SANTANDER, *op. cit.*, p. 110.

d'une Union qui avait, jusque-là du moins, cherché à apparaître comme « un fédérateur extérieur pour le régionalisme international »[72]. Pratiquant une forme (inédite pour elle) de « bilatéralisme sélectif », l'Union contribue à saper les bases d'expériences d'intégration régionale qu'elle avait pourtant encouragées. Cette incohérence est le signe d'une incapacité à articuler son action autour d'intérêts communs identifiés.

B. L'introuvable consubstantialité démocratique

Il ressort d'un examen même cursif que l'identité de l'Union européenne est étroitement connectée à la vocation démocratique du projet dans son ensemble. On le sait, tout candidat à une adhésion doit se conformer aux critères adoptés, en juin 1993, par le Conseil européen de Copenhague. À ce titre, il doit notamment satisfaire à des exigences de nature politique : mise en place des institutions stables garantissant la démocratie, l'État de droit, les droits de l'homme et le respect et la protection des minorités. Etre membre de l'Union suppose que l'on adhère à un système de valeurs dont les droits fondamentaux composent le noyau dur. Comme l'a très clairement posé la Cour, l'Union forme une construction juridique reposant sur un système de valeurs qui « implique et justifie l'existence de la confiance mutuelle entre les États membres dans la reconnaissance de ces valeurs et, donc, dans le respect du droit de l'Union qui les met en œuvre »[73]. Il n'est pas certain que toutes les organisations d'intégration régionale aient atteint ce seuil de perception.

1. *L'intégration est-elle d'essence démocratique ?*

Sans doute est-il hâtif de tenir l'intégration pour une entreprise intrinsèquement démocratique. L'exemple du défunt COMECON ou de l'ASEAN conduit à relativiser une assertion aussi imprudente. Cependant, l'adhésion à la démocratie nous paraît être un gage de succès durable car la démocratisation est une condition d'appropriation du projet par les citoyens autant que la garantie d'un contrôle efficace et légitime du fonctionnement du système institutionnel. Peut-on dire que les critères de Copenhague constitueraient des pré requis universels, c'est-à-dire susceptibles d'être détachés de l'environnement spécifique dans le cadre duquel ils ont été énoncés ? La formulation de ces exigences sup-

[72] *Ibid.,* p. 130.
[73] Avis 2/13, cit.

pose que l'organisation et donc ses États membres aient une conscience suffisamment aiguë des valeurs fondant le projet qui les réunit.

Le maintien d'un niveau d'exigence démocratique est une épreuve qui renforce, notamment dans un contexte d'instabilité, la crédibilité de l'organisation. On peut évoquer ici l'exemplarité du Mercosur à l'occasion des diverses crises qui ont émaillé la vie politique de la sous-région[74]. Le Mercosur a d'ailleurs adopté en 1998 le Protocole d'Ushuaia au terme duquel tout État qui s'affranchirait des principes démocratiques s'exposerait à des sanctions. On ne peut toutefois manquer de noter que le même Mercosur est sujet à une forme de « reflux » par l'effet de régression qui frappe le Venezuela et la sous-région tout entière[75]. Par ailleurs, il n'est sans doute pas utile de s'étendre sur la faillite des organisations africaines qui se traduit par une tragique distorsion entre l'affichage d'intentions politiques sans indulgence ni ambiguïtés[76] et la persistance de situations nationales très éloignées des standards énoncés.

2. *Le dysfonctionnement des organes de légitimation*

La présence d'une institution parlementaire, active et investie de compétences de nature réellement législative, au cœur d'un système institutionnel signe son ancrage démocratique. Or, par comparaison avec le modèle européen, les peuples sont trop souvent réduits à la portion congrue. Le Parlement quand il existe est généralement une institution secondaire et dénuée de pouvoirs.

Sur ce point, les limites du Mercosur, par exemple, ont été induites par les réticences des gouvernements à créer des organes supranationaux et à se doter d'un système de représentation politique de la société civile. Le Parlement ne verra le jour qu'en 2007. Pétris par la crainte de voir les attentes citoyennes affaiblir le projet d'intégration, les gouvernements ont préféré « instaurer un système de *top-down* censé implanter peu à peu dans la population l'idée de l'irréversibilité »[77].

[74] On pense à « l'autocoup d'État » de 1992 ou à la tentative de coup d'État au Paraguay en 1996.

[75] R. E. ROJO, *Démocratie, droits de l'homme et intégration régionale. Le Mercosur et sa clause démocratique à l'époque de Chavez*, in C. FLAESCH-MOUGIN et J. LEBULLENGER, *op. cit.*, p. 209

[76] Par exemple, décision du Conseil de paix et de sécurité de l'Union Africain, en sa 465e réunion du 3 novembre 2014, sur la situation au Bukina Faso.

[77] C. AUROI, *op. cit.,* p. 109.

***

Dans la mesure où les « rapports de forces commandent les rapports de sens », sans doute faut-il se résoudre à admettre une forme d'effacement de l'Union comme modèle. A cette aune, l'Europe est bien en mal d'établir de manière convaincante un rapport de force qui soit favorable à la diffusion de son modèle. Elle est confrontée à diverses apories. Comment une organisation dénuée de vision cohérente de ce que commandent ses propres intérêts et affaiblie par une crise profonde peut-elle prétendre à l'exportation de son modèle ? Nous ne croyons pas que l'on puisse concevoir l'Union comme une solution transposable pour l'unique raison qu'elle est le fruit d'une expérience historique et politique irréductiblement originale.

A cette faible transposabilité du « modèle » répond probablement une faible réceptivité des États non européens. La difficulté à se défaire de tout ou partie de leurs compétences souveraines contrarient l'inclination à l'intégration qu'une analyse rationnelle devrait encourager. Or, cette disposition d'esprit éclaire l'incapacité de ces États à promouvoir de véritables politiques communes. Les institutions ne sont que la résultante des objectifs que se donnent leurs fondateurs. Or, les États qui s'engagent dans une logique d'intégration le font alors même que leur propre construction n'est pas arrivée à son terme. Leurs intentions sont distordues par les incertitudes qu'ils nourrissent sur leur propre devenir. Dans cette perspective, l'intégration n'est bien qu'une alternative parmi d'autres. Du reste, comme le relevait M. Gauchet, « les nations ne contiennent pas qu'un principe de division et d'affrontement […]. Elles comportent également un principe de coopération et de pacification »[78].

[78] M. GAUCHET, *Le problème européen*, in *Le débat*, 2004/2, p. 51.

SECONDA SESSIONE PARALLELA

IL RUOLO DELLE ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI NELLO SVILUPPO E NELL'ARMONIZZAZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO

Presidenza

S. BARIATTI

LA CONFERENZA DELL'AJA DI DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E IL SUO CONTRIBUTO ALL'UNIFICAZIONE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO: RECENTI SVILUPPI E PROSPETTIVE FUTURE

Alberto MALATESTA*

SOMMARIO: 1. Obiettivi e visioni tradizionali della Conferenza. – 2. Le ragioni della limitata elaborazione negli ultimi anni di progetti di convenzione e la diffusione di *Principi*. – 3. Lo sviluppo del *post-convention work*: il monitoraggio dell'applicazione delle convenzioni e il crescente ruolo delle «Conclusioni e Raccomandazioni» delle Commissioni speciali. – 4. Il proliferare di Manuali pratici e di Guide di buona pratica e il peso marginale dei governi nella loro predisposizione. – 5. Valutazioni finali e prospettive future.

1. *Obiettivi e visioni tradizionali della Conferenza*

Il contributo storico della Conferenza di diritto internazionale privato alla sviluppo di questo ramo del diritto è ben noto. Assai in sintesi, essa trova le sue origini in alcuni incontri diplomatici convocati dal governo dei Paesi Bassi tra la fine del XIX secolo e l'inizio del XX secolo (il primo nel 1893), su spinta e impulso delle idee universalistiche di giuristi quali Mancini e Asser. Si è trasformata solo nel 1951 in un'organizzazione internazionale, dotata di uno statuto che ne regola il funzionamento e assicura la continuità dei lavori, modificato l'unica volta nel 2007 allo scopo di consentire alle «organizzazioni regionali di integrazione economica» (in pratica, sinora, all'Unione europea) di divenirne parte[1]. Il dato più significativo nel corso di questo periodo di tempo è

* Ordinario di Diritto internazionale, Università Cattaneo-LIUC di Castellanza.

[1] Per la storia, l'organizzazione e le convenzioni della Conferenza, v. H. VAN LOON, *Conférence de la Haye de droit international privé*, in *Rep. Int. Dalloz*, 2011, p. 1 ss., e dello stesso Autore, Segretario generale della Conferenza dal 1996 al 2013, *The Hague Conference on Private International Law: Asser's Vision and an Evolving Mission*, in *Ned. Int. Priv*., 2012, Afl. 3, p. 358 ss. Sulle tendenze che hanno caratterizzato la Conferenza e le sue prospettive future v. F. POCAR, H. VAN LOON, *The 120th Anniversary of the Hague Conference on Private International Law*, in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2014, p. 517 ss.

senza dubbio il passaggio da una realtà di modeste proporzioni, essenzialmente eurocentrica quale la Conferenza era ancora negli anni 50-60 del secolo scorso, a un'organizzazione dal respiro sempre più globale: si consideri solo che ad oggi, oltre all'Unione europea, sono settantacinque gli Stati membri della Conferenza, e che alcuni uffici regionali sono stati recentemente aperti in America latina, a Buenos Aires, e in Asia, ad Hong Kong.

L'obiettivo della Conferenza è stato codificato nell'art. 1 dello statuto, e consiste come noto nell'«unificazione progressiva delle regole di diritto internazionale privato»[2]. La visione della Conferenza, fedelmente perseguita nel tempo, è dunque fondata sul rispetto della diversità giuridica dei vari ordinamenti, mediante il coordinamento dei sistemi giuridici, ricercato a livello multilaterale sul piano dell'ordinamento internazionale. Lo strumento preferito, per così dire naturale, è stata l'elaborazione e l'adozione di numerose convenzioni internazionali, alcune di successo, altre meno, ma tutte comunque costituenti un quadro di riferimento importante e suscettibile talvolta di influenzare anche le soluzioni adottate dagli Stati sul piano nazionale.

Certamente, negli ultimi anni il quadro è divenuto più articolato, con l'incursione della Conferenza anche in alcuni aspetti di diritto materiale e di diritto processuale, in particolare del diritto dell'esecuzione[3]. Soprattutto, l'attenzione si è spostata sempre più dai conflitti di leggi e dai tentativi di unificazione delle relative norme alla dimensione della cooperazione internazionale giudiziaria e di recente amministrativa, che vede il coinvolgimento di organismi o autorità nell'adozione di misure anche di tipo pubblicistico. In particolare, nel contesto delle ultime convenzioni nel campo della protezione dei minori (in tema di adozione, sottrazione dei minori, obblighi alimentari), sono stati istituiti appositi organi nazionali, le Autorità centrali, a cui sono devolute una serie di funzioni, quali la comunicazione e la cooperazione diretta con analoghi organi di altri paesi, e di compiti operativi, quali la reciproca assistenza, l'acquisizione

[2] V. A. DYER, *Strategic Vision and Common Sense in the Hague Conventions since 1950 (Mid-Twentieth Century)*, in *A Committment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon*, Cambridge, 2013, p. 162 secondo il quale il mancato riferimento nello statuto al termine codificazione fu intenzionale e volto a sottolineare l'idea di un processo in costante evoluzione.

[3] Si veda ad esempio l'art. 32 della convenzione in materia di alimenti del 2007, su cui A. MALATESTA, *La convenzione e il protocollo dell'Aja del 2007 in materia di alimenti*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 829 ss., p. 838 sul punto.

e lo scambio di informazioni, e anche l'attuazione di decisioni giudiziarie[4].

È evidente il salto di qualità rispetto alla cooperazione giudiziaria tradizionale, attuata mediante i canali consolari e diplomatici, peraltro tuttora utilizzati, per esempio nell'ambito delle note convenzioni sulla notifica del 1965 e sull'assunzione di prove del 1970. Tuttavia, anche le recenti forme di cooperazione si muovono sempre nel solco della stessa visione: anch'esse infatti usano tecniche di natura internazionalprivatistica, magari con qualche adattamento, ma sempre in una logica di rispetto della diversità dei sistemi giuridici e di un loro coordinamento[5].

2. *Le ragioni della limitata elaborazione negli ultimi anni di progetti di convenzione e la diffusione di* Principi

Se la visione di fondo della Conferenza nel corso del tempo non è cambiata, l'era della globalizzazione ha tuttavia aperto nuove sfide in un ambiente profondamente mutato. Da un lato è emersa la necessità di una maggiore collaborazione con altre organizzazioni sia universali (Uncitral, Unidroit), sia regionali (in particolare, l'Unione europea) la cui attività incide nel settore dei rapporti transnazionali privatistici; dall'altro è maturato un graduale ripensamento circa i «prodotti» legali concepiti in seno alla Conferenza e i metodi di lavoro adottati al fine di elaborarli e adottarli[6].

Da uno sguardo all'attuale stato dei lavori della Conferenza e agli ultimi documenti adottati dal Consiglio sugli affari generali e la politica della Conferenza si constata facilmente che all'ordine del giorno di progetti di elaborazione di convenzione ve ne sono ben pochi e soprattutto al momento ancora lontani dal godere di un appoggio significativo da

[4] Il numero delle Autorità centrali designate nell'ambito delle varie convenzioni è cresciuto in modo spettacolare, se si considera che oggi sono più di tremila sparse in più di cento Paesi: la fonte è H. VAN LOON, *The Hague Conference* cit., p. 359.

[5] V. in questo senso P. FRANZINA, *La protezione degli adulti nel diritto internazionale privato*, Padova, 2012, p. 266 ss., specie p. 270.

[6] Sul primo aspetto v. in questo volume S.M. CARBONE, *La cooperazione tra organizzazioni internazionali nello sviluppo del diritto internazionale privato e del commercio internazionale*. Il secondo è oggetto delle considerazioni che seguono nel presente contributo.

parte degli Stati e quindi dall'apertura di un negoziato internazionale vero e proprio mediante la convocazione di Commissioni speciali[7].

Le ragioni di questa situazione di stallo possono essere varie. La prima è che la Conferenza è in un certo senso vittima del suo successo. Infatti, alla luce della partecipazione sulla scena di un numero sempre maggiore di Stati, dalle culture e tradizioni giuridiche differenti tra loro, è sempre più difficile, soprattutto nell'area del diritto delle persone e della famiglia, individuare un terreno comune che costituisca la base di partenza per un'unificazione. I tentativi di estendere le iniziative della Conferenza a una comunità sempre più vasta e realmente globale hanno assunto quindi forme diverse: si pensi per un esempio al c.d. *Malta Process,* un dialogo costante promosso dalla Conferenza dal 2004 per migliorare la cooperazione nelle controversie nel settore della sottrazione di minori quando in esse sono coinvolti da un lato Stati parte della nota convenzione del 1980 e dall'altra Stati non parte, specie Stati islamici il cui ordinamento è basato o influenzato dalla *Sharia*, nella speranza che esso sia prodromico a impegni maggiori da parte degli Stati o all'adesione a convenzioni già esistenti[8].

Un secondo motivo risiede nel fatto che probabilmente ormai di convenzioni ve ne sono abbastanza e che tutte le grandi aree del diritto internazionale privato sono state toccate, con maggiore o minore successo, dall'azione della Conferenza. Certo, i bisogni sociali della comunità internazionale sono in continua evoluzione, nuovi problemi si affacciano e chiedono di essere regolati (si pensi solo alla maternità surrogata), e tuttavia la riluttanza verso nuovi progetti e la difficoltà che essi incontrano si comprendono con l'opportunità di evitare che gli ambiti materiali oggetto di intervento non siano troppo ristretti, anche per evitare difficoltà agli operatori pratici nel momento dell'applicazione, i quali già ora sono talvolta chiamati a complesse azioni di delimitazione tra vari strumenti internazionali, adottati ora dalla Conferenza ora da altre organizzazioni[9].

[7] Una lettura delle ultime Conclusioni e Raccomandazioni adottate dal Consiglio sugli affari generali e la politica della Conferenza nella riunione tenutasi dall'8 al 10 aprile 2014 (v. il testo in www.hcch.net) rivela che gli unici progetti, l'apertura dei cui negoziati peraltro sembra ancora lontana, riguardano la maternità surrogata e il più ampio tema del riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni.

[8] Essa ha prodotto sinora tre Dichiarazioni, l'ultima del marzo 2009, consultabili sul sito della Conferenza.

[9] V. su questo ultimo punto W. DUNCAN, *Future Developments in International Family Law with Special Emphasis on Cross-border Child Protection*: *A View from the*

E qui si arriva alla terza e ultima ragione, di ordine politico. Non vi è dubbio infatti che l'accennata proliferazione di iniziative che incidono sul diritto internazionale privato in senso ampio anche da parte di altri soggetti abbia negli ultimi tempi notevolmente complicato il quadro e reso necessaria quella cooperazione tra organizzazioni cui si è già accennato. In particolare, è certo che da quando l'Unione europea, a seguito dell'assunzione di competenze interne in materia di diritto internazionale privato con il trattato di Amsterdam, è divenuta membro della Conferenza nel 2007, l'attività della Conferenza si è rallentata. Invece di proporre programmi e progetti a livello universale e rilanciare la Conferenza come attore globale, l'Unione si è al momento limitata a presentare progetti di strumenti in funzione delle proprie esigenze interne[10]. Se a ciò si aggiunge che l'Unione ha assunto pacificamente anche una competenza esterna esclusiva nel settore e quindi il potere di incidere sul piano globale delle relazioni internazionali[11], la sensazione che si ricava è quella di due «agenzie» di diritto internazionale privato in concorrenza tra loro.

Questo contesto di impulsi limitati ha suggerito l'adozione di strumenti non vincolanti piuttosto che di trattati veri e propri. Si è assistito di recente, in aree non ancora coperte da norme uniformi promosse dalla Conferenza, alla diffusione di c.d. Principi generali, che formulano raccomandazioni agli Stati circa le misure da intraprendere in un determinato settore o che servono da modelli per le legislazioni nazionali in argomento[12]. È certo vero che non si tratta dei primi ed unici casi di preferen-

Hague, in K. BOELE-WOELKI ET A. (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law*. Liber Amicorum *Kurt Siehr*, Zürich-The Hague, 2010, p. 225 ss.

[10] Il protocollo dell'Aja del 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari è un esempio lampante di questa politica. Sin dall'inizio fu infatti chiaro che questo progetto interessava in pratica solo (e non tutti) gli Stati dell'Unione europea la quale, non riuscendo ad adottare norme comuni al proprio interno, ha trasferito di fatto il negoziato sul piano internazionale. Non a caso il protocollo – richiamato integralmente nel suo contenuto dall'art. 15 del regolamento (CE) n. 4/2009 – è stato ratificato ad oggi solo dall'Unione europea e dalla Serbia.

[11] Le vicende sono note: si ricordi il parere della Corte di giustizia dell'Unione europea c.d. Lugano del 2006, di recente confermato nel parere 1/13 del 14 ottobre 2014. In tema v. i vari contributi in F. POCAR (ed.), *The External Competence of the European Union and Private International Law*, Padova, 2007.

[12] Si vedano i *Draft Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts* del 2014, suscettibili di essere ancora rivisti redazionalmente e di essere adottati nella veste finale e il documento intitolato *Emerging Guidance regarding the development of the International Hague Network of Judges and General Principles for Judicial Communications, including commonly accepted Safeguards for Direct Judicial*

za verso atti di *soft law*, e che il dibattito circa il metodo migliore che realizza l'unificazione internazionale è ricorrente anche rispetto agli obiettivi della Conferenza, ma non vi è dubbio che, alla luce degli ulteriori sviluppi di cui si dirà nei paragrafi successivi, questa tendenza sta diventando una caratteristica strutturale dell'attività della Conferenza.

3. *Lo sviluppo del* post-convention work*: il monitoraggio dell'applicazione delle convenzioni e il crescente ruolo delle «Conclusioni e Raccomandazioni» delle Commissioni speciali*

A fronte della limitata progettualità nell'ambito dell'elaborazione delle convenzioni, la maggiore attenzione della Conferenza negli ultimi anni si è rivolta soprattutto al momento successivo all'adozione delle stesse (c.d. *post-convention work*). La Conferenza, più che proporre nuovi progetti, convenzioni o Principi che siano, ha infatti soprattutto sviluppato in modo innovativo alcuni strumenti volti a favorire l'attuazione effettiva e corretta delle convenzioni esistenti.

L'impulso per questo tipo di attività è stato dato dalla diffusione della pratica di convocare a intervalli regolari di tempo – di regola, una volta ogni quattro anni, nella prassi invalsa – le c.d. Commissioni speciali, apposite riunioni di esperti rappresentanti degli Stati membri, per studiare il funzionamento pratico di alcune convenzioni, in particolare di quelle che istituiscono sistemi di cooperazione. A partire dalla convenzione sull'adozione del 1993, tale pratica si è istituzionalizzata, in virtù dell'inserimento nei testi di apposite clausole generali *standard* che prevedono che il Segretario generale provveda a tali convocazioni «*in order to review the practical operation of the convention*»[13].

In sintesi, è istituito un monitoraggio costante e periodico delle convenzioni in vigore, al fine di una verifica e di una valutazione di come

Communications in specific cases, within the context of the International Hague Network of Judges.

[13] Cfr. l'art. 42 della citta convenzione sull'adozione e successivamente, in termini analoghi, l'art. 56 della convenzione del 1996 sulla protezione dei minori; l'art. 52 della convenzione del 2000 sulla protezione degli adulti; l'art. 14 della convenzione del 2006 su certi diritti sui titoli detenuti presso un intremediario; l'art. 54 par. 1 della convenzione del 2007 sull'esazione delle obbligazioni alimentari, il quale significativamente, nel quadro dello sviluppo recente delle attività della Conferenza (v. par. 4), aggiunge che le Commissioni speciali hanno il compito anche di «encourage the development of good practices under the Convention».

esse sono eseguite nei singoli Stati parte. L'ovvio presupposto è che la realizzazione degli obiettivi convenzionali e la loro efficacia dipendono in larga parte dall'attuazione delle disposizioni comuni e dalla loro applicazione pratica da parte degli organi nazionali. Ed in effetti spesso, come noto, le convezioni istituiscono procedure specifiche che devono essere completate con mezzi interni di carattere nazionale, cosicché un supporto e uno stimolo in questa delicata fase appaiono importanti per la loro corretta applicazione. A ciò si aggiunga che tali momenti di controllo costituiscono inevitabilmente anche una valutazione dello strumento convenzionale in quanto tale e offrono, se del caso, l'occasione di una possibile revisione e di un ammodernamento dello stesso (così di recente è capitato per esempio nel settore delle obbligazioni alimentari).

In termini più generali, dal punto di vista del diritto delle organizzazioni internazionali, si può affermare che le Commissioni speciali sono divenute l'organo incaricato dell'interpretazione delle norme convenzionali e del controllo dell'esecuzione delle stesse. Come noto, nelle organizzazioni internazionali, in assenza, come è nel caso della Conferenza, di un organo deputato a ciò, tale compito spetta in modo decentrato a ciascuno Stato membro. Lo sviluppo recente nell'ambito della Conferenza invece istituzionalizza o accentra lo stesso in capo alle Commissioni speciali, seppur ovviamente con modalità, almeno formalmente, non vincolanti. Sotto il profilo dell'opportunità, ciò sembra positivo perché è risaputo che nel settore delle convenzioni di diritto privato ben difficilmente i fenomeni patologici fanno scattare i meccanismi di responsabilità internazionale degli Stati (o delle organizzazioni) e dunque la loro corretta attuazione può essere utilmente perseguita per altra via.

Del resto, la prassi ha decretato il successo di queste attività e anzi è andata oltre il descritto schema ermeneutico tradizionale.

Un esame delle «Conclusioni e Raccomandazioni» (C&R nell'acronimo dominante), gli atti conclusivi dei lavori delle Commissioni speciali nella veste indicata, denota che a prescindere dallo stile un po' faticoso – sono spesse lunghe, ripetitive e un po' prolisse – esse hanno un contenuto eterogeneo[14]. Talvolta si limitano a suggerimenti agli Stati di adot-

[14] Ampiamente su questi contenuti W. DUNCAN, *The Maintenance of a Hague Convention. Adapting to Change. A Discussion of Techniques to Ensure that a Convention remains "fit for purpose*", in G. VENTURINI, S. BARIATTI (eds.), *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato.* Liber Amicorum *Fausto Pocar,* Milano, 2009, p. 299. A dire dell'Autore, (p. 299), il menzionato carattere ripetitivo di questi atti è giustificato dal fatto che i lavori delle Commissioni sono un *work in progress* i cui risultati si costruiscono volta per volta, riunione dopo riunione.

tare certe misure o pratiche che favoriscano una maggiore realizzazione degli obiettivi delle convenzioni, come per esempio le pratiche che aumentano l'efficienza e la speditezza delle varie domande proposte avanti alle Autorità centrali. Altre volte esse assumono un carattere maggiormente prescrittivo, quando ricordano e promuovono il principio dell'autonoma interpretazione di determinate norme dei trattati; sotto questo profilo appare interessante il richiamo che alcune decisioni nazionali hanno operato alle «Conclusioni e Raccomandazioni» alla stregua di prova della pratica degli Stati utile come elemento interpretativo di certe nozioni ai sensi della convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati[15]. Altre volte, infine, le Conclusioni e Raccomandazioni si preoccupano di precisare o delimitare gli obblighi convenzionali attestando la conformità agli stessi, e quindi la liceità, di determinate misure, o svolgono un ruolo di supplenza rispetto a processi di revisione di norme generalmente considerate carenti o insufficienti ma per le quali un negoziato intergovernativo appare non ancora maturo o comunque lungo e faticoso. Le vicende relative alle proposte di rafforzare il diritto di visita nel contesto della convenzione del 1980 sulla sottrazione dei minori (art. 21), sfociate in raccomandazioni di adottare misure specifiche volte a tale scopo, illustra bene questa duplice tendenza[16].

Se dunque, in generale, si può condividere che le Conclusioni e Raccomandazioni delle Commissioni speciali, pur nella loro varietà, perseguono il lodevole intento di mantenere il più possibile le convenzioni adeguate agli scopi per cui sono pensate, in un ambiente sociale in constante evoluzione, esse suscitano qualche interrogativo sotto il profilo della loro natura giuridica e del loro utilizzo in luogo e in funzione di strumenti più appropriati.

[15] V. W. DUNCAN, *op. ult. cit*., p. 301 per riferimenti ad alcuni casi inglesi sull'interpretazione del «grave rischio» di cui all'art. 13 lett. b) della convenzione del 1980 sulla sottrazione dei minori, situazione che come noto può giustificare il rifiuto della domanda di ritorno.

[16] Per quanto l'utilità di norme nuove che rafforzassero l'esercizio di questo diritto sia generalmente condiviso, e benché della realizzabilità di un protocollo sia stato investito il *Permanent Bureau* sin dal 2000, le istanze di modifica si sono concretizzate solo in una serie di suggerimenti contenuti in un Annesso alle Conclusioni e Raccomandazioni della Quinta riunione della Commissione speciale sul funzionamento della convenzione, tenutasi nel 2006 (assortita successivamente, nel 2008, da una Guida in materia). Per divergenti valutazioni su tale risultato v. W. DUNCAN, *The Maintenance* cit., p. 306 ss. e BUCHER, *L'intérêt de l'enfant pénètre la convention sur l'enlèvement*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques.* Liber amicorum *Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, 2008, p. 691 ss.

Formalmente, le Conclusioni e Raccomandazioni non sono infatti certo vincolanti. Le Commissioni speciali non hanno mai ricevuto alcun mandato di impegnare gli Stati. Tuttavia, dal punto di vista degli effetti sulla pratica giudiziaria, questi atti sembrano talvolta assumere un carattere più stringente rispetto alla natura di *soft law*. In certi casi infatti, il loro linguaggio sembra volere imporsi nei confronti dei destinatari alla stessa stregua di un obbligo previsto direttamente dai testi primari; ciò è particolarmente evidente quando si indicano in modo specifico le misure considerate conformi agli obiettivi delle convenzioni, perché, come è stato notato, è difficile che alla luce di tali indicazioni un giudice o un'autorità nazionale valutino la medesima misura incompatibile o per qualche ragione inattuabile rispetto alla convenzione[17].

4. *Il proliferare di Manuali pratici e di Guide di buona pratica e il peso marginale dei governi nella loro predisposizione*

Nel quadro dell'istituzionalizzazione del *post-convention work*, negli ultimi tempi si sono sviluppi anche altri strumenti di portata ancora più ampia rispetto al monitoraggio. Si tratta dell'adozione da parte delle Commissioni speciali[18] di una serie di «Manuali pratici» e di «Guide di buona pratica».

L'idea di fondo è sempre la stessa, vale a dire contribuire al buon funzionamento delle convenzioni esistenti. L'osservatore è tuttavia colpito dal fatto che questi sono diventati negli ultimi anni se non gli unici di sicuro gli strumenti prevalenti con cui la Conferenza assolve il proprio compito.

Manuali e Guide sono infatti tanti e spesso assai voluminosi. La ragione della loro diversa intitolazione non è ben chiara: il termine Manuale pratico suggerisce che esso si limita a spiegare il funzionamento di una determinata convenzione, favorendone così la comprensione in misura maggiore rispetto al rapporto esplicativo che solitamente accompagna la stessa, e al più toccando l'ambito delle modalità pratiche di appli-

[17] V. A. BUCHER, *L'intérêt*, cit., p. 693 s., il quale ritiene l'Annesso citato nella nota precedente «un nouveau mode d'amendement d'instrument international» (p. 692).

[18] V. tuttavia le precisazioni al riguardo che seguono nel testo.

cazione[19]; le Guide vanno oltre e formulano proposizioni aventi lo scopo di esortare gli Stati a modificare il loro diritto interno nel senso indicato. Il termine di *best practice* suggerisce che il contenuto della Guida sia infatti il miglior modo per attuare la convenzione[20]. Non vi è dubbio tuttavia che i due piani talvolta si mescolino nello stesso documento.

In particolare, il contesto privilegiato delle Guide è il settore del diritto di famiglia. Se ne trovano con riguardo all'adozione[21], ma soprattutto in tema di sottrazione di minori[22]. Non si disdegna la materia della mediazione, anche se collegata alla materia familiare[23], e da una ricerca sul sito della Conferenza si apprende che altre sono in preparazione.

Tutta questa produzione induce ad un esame complessivo, a parte la valutazione dell'utilità delle singole indicazioni.

In primo luogo, esse – così come in generale tutti gli strumenti di *soft law* – abbandonano la logica della reciprocità tipica dei trattati, nella misura in cui si esorta gli Stati a tenere un determinato comportamento a prescindere da quello che faranno gli altri.

Significativo, anche se relativo a dei Principi piuttosto che ad una Guida, appare il recente intervento della Conferenza sulle comunicazioni dirette tra giudici di diversi Paesi. A seguito di un apposito mandato delle «Conclusioni e Raccomandazioni» della Quinta Commissione speciale sul funzionamento della convenzione sulla sottrazione dei minori, il *Permanent Bureau* ha preparato, con l'ausilio di gruppi di esperti, il già citato documento contenente «Principi generali» volti a facilitare tali

[19] V. il Manuale sulla convenzione sulle notifiche del 2006 e i recenti Manuali sul funzionamento delle convenzioni del 1996 sulla protezione dei minori e del 2007 sugli alimenti, ambedue del 2014, oltre al Manuale sulla convenzione c.d Apostille del 2013.

[20] V. il tentativo definitorio in A. BUCHER, *La Conférence de la Haye sans convention*, in *Entre Bruselas y la Haya. Estudos sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado.* Liber Amicorum *Alegría Borrás*, Madrid, 2013, p. 279.

[21] Cfr. la Guida del 2008 sul funzionamento della convenzione del 1993, completata nel 2013 da un secondo documento sugli organismi accreditati relativo al problema del contrasto alle adozione private.

[22] In materia se ne trovano ben quattro: le prime due del 2003, una sulle questioni relative alla pratica operativa delle Autorità centrali, l'altra sulle misure di attuazione; la terza del 2005 sulle misure preventive per ridurre i casi di sottrazione; la quarta del 2010 sulla pratica degli Stati contraenti in materia di esecuzione. Ad esse va aggiunta l'importante Guida del 2008 sui c.d. contatti transfrontalieri che riguarda anche la convenzione del 1996 sulla protezione dei minori. In corso di elaborazione vi è infine una Guida sull'interpretazione e l'applicazione dell'art. 13 par. 1 lett. b della convenzione del 1980.

[23] V. la Guida del 2012 sulla mediazione nei procedimenti di sottrazione dei minori.

comunicazioni in materia familiare nel quadro del funzionamento della c.d. Rete dei giudici dell'Aja.[24]. Il dialogo diretto tra giudici appare in effetti fondamentale per il buon esito di controversie spesso radicate in più Stati e l'obiettivo è pertanto il superamento dei limiti e degli ostacoli presenti in alcuni ordinamenti (tra cui quello italiano) a tali forme di cooperazione, senza dar luogo a impegni formali degli Stati a modificare le loro norme nazionali[25].

In secondo luogo, si tende generalmente a dire che le Guide, i Manuali (unitamente ai citati Principi) esprimono un consenso universale sui punti trattati o che sono un «modello di riferimento per la cooperazione in materia». I testi ribadiscono con ossessione questa convinzione[26], fatta discendere dall'accuratezza del lavoro di preparazione e degli studi del *Bureau*, dal coinvolgimento in esso di giudici e funzionari delle Autorità centrali cosicché siano individuati i bisogni della pratica e proposte soluzioni accettabili dal mondo cui si indirizzano e non calate dall'alto, ed infine dall'approvazione delle Commissioni speciali.

Di questa idilliaca visione qualcuno dubita, sia sotto il profilo della bontà dei contenuti sia sotto quello della legittimità della *governance* del processo di adozione[27]. Non vi è dubbio che quest'ultimo sia decisamente molto fluido e che in esso il ruolo preminente sia svolto, in modo sempre più marcato, dal *Permanent Bureau*[28], organo amministrativo

[24] Per il lungo titolo v. *supra* nota 12. Il documento riconosce che, benché la versione pubblicata abbia ricevuto l'approvazione di una Commissione speciale nel 2011, esso è aperto a miglioramenti e modifiche in base ad eventuali suggerimenti ricevuti dagli Stati, dalle organizzazioni interessate e dai giudici. Per un primo commento v. C. KESSEDJIAN, *Le dialogue des juges dans le contentieux privé international*, in *A Committment to Private International Law*, cit., p. 253 ss.

[25] Naturalmente il meccanismo, anche in ragione dell'assenza di una sua integrazione formale nelle strutture giudiziarie nazionali, riposa sulla collaborazione del corpo giudiziario e dei giudici «di collegamento» designati nella Rete dell'Aja. L'esperienza personale dell'Autore di queste righe testimonia che primi timidi tentativi di applicazione in Italia di far dialogare i giudici del Tribunale di Milano con giudici di Miami (USA), sono stati deludenti. Il rischio, inerente alla mancanza di impegni, è che la comunicazione diretta funzioni pertanto solo tra giudici appartenenti a Paesi che già la conoscono.

[26] Vedi ad esempio la Guida sull'adozione del 2013 (n. 18) e anche la Guida del 2008 sui contatti transfrontalieri (p. 7).

[27] V. A. BUCHER, *La Conférence de la Haye* cit., specie p. 283 ss., per rilievi critici sulla Guida sulla mediazione che da un lato apparirebbe già superata, dall'altro sarebbe poco coerente in certi punti con alcuni obiettivi della convenzione del 1980 sulla sottrazione.

[28] Ai sensi dell'art. 5 dello statuto della Conferenza, il *Bureau* sarebbe incaricato soltanto in particolare di organizzare le sessioni diplomatiche e le altre riunioni della Conferenza.

della Conferenza, e che invece gli Stati siano relegati in una posizione marginale.

Con ampia approssimazione, si può dire che le proposte di lavorare su certi temi sono fatte dal *Bureau*, che lo stesso compie gli studi preliminari in materia, li sottopone agli Stati al fine di sondarne gli orientamenti, riceve mandato di proseguire nei lavori, vi provvede di solito mediante gruppi di lavoro composti da esperti indipendenti e alla fine sottopone i risultati ad una Commissione speciale che solitamente approva *per consensus* e invita se del caso a modifiche formali o linguistiche[29].

L'azione dei governi è pertanto davvero modesta: le Commissioni speciali si limitano a prendere atto dei lavori e ad approvarli – comunque si ricordi, in modo non vincolante per gli Stati membri, malgrado il valore di «codificazione universale» che si tende ad attribuire a tali atti – con un metodo che favorisce largamente un risultato positivo. Men che meno è attivo l'organo di indirizzo politico, il Consiglio per gli affari generali e la politica della Conferenza, che si limita a sostenere i lavori ma senza in realtà definire, come dovrebbe appunto, una vera e propria politica della Conferenza.

Il marcato ruolo assunto dagli esperti, spesso funzionari statali delle Autorità e giudici, riduce inoltre l'interesse della produzione normativa, che invece di rivolgersi direttamente alla vasta platea delle persone coinvolte in casi transnazionali e dei loro avvocati o consulenti, si indirizza a un circolo ristretto di persone, in cui spesso i «legislatori» e i destinatari tendono a coincidere (quasi in una sorta di *club* tecnocratico).

Se appare eccessivo parlare di un grave *deficit* di legittimità[30], se non altro perché gli Stati sembrano avere senza obiezioni accettato questi sviluppi, è vero tuttavia che un processo maggiormente regolato e trasparente sarebbe nell'interesse generale.

Questo osservazioni non sono irrilevanti perché talvolta le Guide, lungi dal limitarsi al piano del funzionamento delle convenzioni, contengono indicazioni che assumono un carattere sostanziale o addirittura di politica legislativa.

Un esempio significativo riguarda la Guida del 2010 in materia di esecuzione nel settore della sottrazione dei minori la quale, andando un po' oltre il mandato delle «buone pratiche», prende nettamente posizione

[29] Per dettagli maggiori v. ancora A. BUCHER, La *Conférence de la Haye*, cit., p. 278 s. e p. 285, il quale ricorda che la terza Guida in materia di sottrazione non è mai stata sottoposta a nessun organo della Conferenza ma adottata solo dal *Bureau*.

[30] In questo senso A. BUCHER, *La Conférence de la Haye*, cit., p. 285.

a favore di un'interpretazione restrittiva delle eccezioni che possono giustificare il mancato ritorno di un minore ai sensi dell'art. 13 par. 1 lett. b) della convenzione del 1980, suggerendo misure e meccanismi che facilitino il più possibile il ritorno «rapido ed effettivo» del minore sottratto[31]. Una simile impostazione può tuttavia contrastare con un'idea diversa dell'interesse superiore del minore, principio che deve informare ogni decisione relativa al medesimo, così come espressa dalla nota giurisprudenza *Neulinger* della Corte dei diritti umani di Strasburgo[32], secondo la quale le circostanze che possono rendere intollerabile il ritorno (quale la separazione forzata dal genitore, pur sottrattore, che tuttavia se ne occupa) devono essere valutate attentamente e approfonditamente alla luce del diritto al rispetto alla vita privata e familiare sancito dall'art. 8 della convenzione di Roma, e possono quindi giustificare (e anzi, imporre) il rifiuto dell'esecuzione di una decisione che ordina il rientro proveniente da un altro Stato.

Tralasciando il merito del problema, ai fini del discorso in esame vale la pena di dire che esso è di considerevole importanza e andrebbe pertanto affrontato con un altro tipo di strumento rispetto a una Guida di *best practice*, oltre che con una maggiore consapevolezza da parte degli Stati contraenti.

5. *Valutazioni finali e prospettive future*

Un giudizio delle tendenze esaminate nei paragrafi precedenti parte dalla considerazione che i nuovi strumenti messi in campo dalla Conferenza sono senz'altro utili per una migliore comprensione di meccanismi convenzionali complessi e sofisticati e per favorire un loro efficace utilizzo da parte delle autorità nazionali. Non vi è dubbio per esempio che essi abbiano avuto un impatto positivo sull'azione delle Autorità centrali (almeno nella misura in cui non dipendono dalle risorse a disposizione!), contribuendo allo sviluppo di una più stretta cooperazione amministrativa.

[31] Si tratta di una *policy* cara alla Conferenza: cfr. anche, successivamente alla sentenza *Neulinger* di cui subito nel testo, le Conclusioni e Raccomandazioni della Commissione speciale del 2011 (specie punti 47 ss.).

[32] V. la sentenza del 6 luglio 2010 n. 41615/07 (Grande Chambre*), Neulinger e Shuruk* c. *Svizzera* e, anche per altri casi successivi e una loro valutazione, C. HONORATI, *Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali,* in *Riv. dir. int. priv. proc*., 2013, p. 5 ss.

È più difficile verificare se ed in che misura anche fuori da questo ambito l'impatto sulla pratica degli Stati degli *standard* raccomandati o suggeriti è stato significativo. Una valutazione complessiva è forse prematura, dato anche il carattere assai recente di molte iniziative. Vi sono tuttavia probabilmente alcuni settori, come forse la comunicazione diretta tra giudici, «impermeabili» ad un approccio di *best practice* o più in generale di *soft law*[33]. Anche nell'ambito della circolazione delle sentenze sembra difficile che gli Stati siano inclini ad accettare di migliorarne l'esecuzione in assenza di reciprocità, anche quando sono in gioco interessi di persone e famiglie.

In termini di prospettive future, lo scenario descritto rivela l'assenza di progetti di ampio respiro e un certo disinteresse dei governi – abbastanza paradossale in un'epoca di globalizzazione – a cui sta supplendo il *Permanent Bureau*.

Bisogna pertanto rassegnarsi a una Conferenza destinata prevalentemente a gestire gli strumenti esistenti mediante un'attività di monitoraggio e di *best practice*? Forse la «regionalizzazione» del diritto internazionale privato, cui sì è accennato, potrebbe paradossalmente essere uno scenario di rilancio del ruolo della Conferenza, come sede in cui le istanze regionali si coordinano e trovano una sintesi in regole accettabili globalmente[34]. In ogni caso, l'auspicio è che presto le condizioni per una rinnovata politica legislativa siano soddisfatte e che si assista a un nuovo impulso all'«unificazione progressiva» del diritto internazionale privato, nell'interesse di tutte le persone coinvolte in rapporti di carattere internazionale.

[33] V. *supra* nota 25.
[34] V. F. POCAR, H. VAN LOON, *The 120th Anniversary*, cit., p. 524.

LES ORGANISATIONS INTERNATIONALES ET LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE : DROIT INTERNATIONAL PRIVE UNIVERSEL ET DROIT INTERNATIONAL PRIVE REGIONAL

Étienne PATAUT*

SOMMAIRE : 1. L'universalité. – 2. La formulation des règles de conflit de lois. – 3. Le domaine du conflit de lois. – 4. La coopération internationale.

C'est une question à la fois essentielle et classique que de s'interroger sur les liens entre les organisations internationales et le droit international privé. Voilà bien longtemps qu'il a été souligné qu'il y avait un grand paradoxe intrinsèque au droit international privé, dont l'objet est de coordonner les systèmes juridiques entre eux, mais dont la source reste nationale[1]. Aussi les accords entre États apparaissent-ils particulièrement nécessaires en la matière, justifiant le nombre élevé de conventions internationales, bi- ou multilatérales. Ces accords entre États peuvent être grandement facilités par l'action d'organisations internationales spécialisées. Le droit international privé touchant à de très nombreuses matières, les organisations internationales susceptibles d'agir en la matière sont innombrables. Le plus souvent, c'est au cours de discussions portant sur une matière substantielle donnée qu'apparaît la nécessité de poser des règles de coordination ou de champ d'application dans l'espace. Les exemples abondent, on se contentera, pour illustrer la variété de ceux-ci, d'en citer quatre : la Convention de Vienne de 1980 sur la vente, conclue sous l'égide de la Conférence des Nations Unies pour le Droit du Commerce International (CNUDCI), les conventions de New York sur l'apatridie de 1954 et 1961, sous celle du Haut Commissariat aux Réfugiés des Nations Unies (HCR), les conventions 102 (1952), 118 (1962) et 157 (1982) de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) en matière de sécurité sociale, la

* Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

[1] V. par ex. D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit International Privé*, 3e éd., Paris, 2014, p. 12 et s.

Convention de Montréal de 1999 relative au transport aérien international de l'Organisation de l'Aviation Civile Internationale, (OACI). Dans ces quatre séries de textes, se trouvent des dispositions de droit international privé, d'une grande diversité : règles de compétence juridictionnelle (Convention de Montréal), règles de conflit de lois (Convention de Vienne), règles de rattachement et de condition des étrangers (Conventions de New York), règles de champ d'application dans l'espace et de coordination des systèmes (Conventions OIT).

L'infinie diversité des compétences matérielles des organisations internationales se traduit donc, potentiellement, par d'infinies possibilités de règles de droit international privé portées par des organisations internationales. Cette abondance se traduit par les maux habituels du droit contemporain, auxquels n'échappe pas le droit international privé : fractionnement, spécialisation et difficulté d'accès à la règle[2].

Il n'en reste pas moins que deux organisations internationales ont aujourd'hui une vocation particulière en matière de droit international privé.

A tout seigneur, tout honneur, la première est la Conférence de La Haye de droit international privé[3]. Créée il y a plus d'un siècle et toujours un acteur international majeur de la discipline, la Conférence de La Haye est la seule organisation internationale dont l'objet exclusif est de traiter des questions de droit international privé. Sous son égide ont été négociées, signées et finalement ratifiées un nombre considérable de conventions internationales, qui ont largement façonné le droit international privé contemporain.

La seconde est l'Union européenne. Celle-ci, bien évidemment, n'est pas une organisation internationale dont l'objet est spécifiquement de s'occuper de droit international privé. Il reste qu'à partir du Traité d'Amsterdam de 1997 et l'adoption du célèbre article 65 CE devenu 81 TFUE, l'Union européenne s'est vue conférer par les États une compétence de droit international privé. L'étendue exacte de cette

[2] J. GONZALEZ CAMPOS, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé*, in *RCADI*, T. 287, 2000, p. 9.

[3] Sur laquelle v., en général, H. VAN LOON, *Conférence de La Haye de droit international privé*, in *Encyclopédie Dalloz de droit international*, 2011 ; du même auteur, *Quelques réflexions sur l'unification progressive du droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye,* in *Liber Memorialis François Laurent,* Bruxelles, 1989, p. 1133.

compétence a fait l'objet en doctrine de nombreuses interrogations[4], y compris sur la portée externe d'une telle compétence[5]. Quinze ans après, il ne fait toutefois aucun doute que la compétence de l'Union pour adopter des dispositions de droit international privé est aujourd'hui acceptée par l'Union comme par les États, l'intense production législative de l'Union en la matière est là pour en témoigner.

Ces deux organisations ont donc l'une et l'autre, pour des raisons différentes, une compétence générale en matière de droit international privé, ce qui les rend tout à la fois complémentaires et concurrentes. C'est l'objet des pages qui suivent que d'essayer de présenter l'influence de ces deux organisations internationales sur le droit international privé contemporain. Pour ce faire, il paraît possible de rapidement présenter quatre points, pour montrer que, finalement, les plus grandes difficultés – et rivalités – ne sont peut-être pas là où on les attendait.

Le problème, en effet, n'est pas tellement celle de *l'universalité* (1) de la règle de conflit ni même celle de sa *formulation* (2). En réalité, ce dont on se rend compte aujourd'hui, c'est bien plutôt que ce qui est affecté est le *domaine* (3) même du conflit de lois ainsi que, plus spécifiquement, le déplacement vers la *coopération internationale* (4).

1. *L'universalité*

C'est sans doute la question la plus aisée, aussi n'est-il guère nécessaire de s'y arrêter longtemps[6]. La question est ici de savoir s'il faut une compétence particulière transférée à l'organisation internationale pour que celle-ci puisse désigner la loi d'un État tiers à cette organisation.

A la Conférence de La Haye comme dans l'Union européenne a en effet été discuté un temps le point de savoir si les règles élaborées entre les États concernés étaient des règles limitées aux rapports entre ces États ou des règles de nature universelle. Sur ce point, la réponse, qui constitue le modèle indépassable, vient de la Conférence de La Haye.

[4] Not. C. KOHLER, *Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam*, in *Rev. Crit.*, 1999, p. 1.

[5] F. POCAR (ed.), *The External Competence of the EU and Private International Law*, Studi e pubblicazioni della rivista di diritto internazionale privato e processuale, vol. 67, Padova, 2007.

[6] Pour une analyse plus approfondie, v. not. E. PATAUT, *De Bruxelles à La Haye : droit international privé communautaire et droit international privé conventionnel*, in *Mélanges Lagarde*, Paris, 2005, p. 661.

Le choix qui a été fait, en effet, est très nettement celui du caractère universel de la règle de conflit de lois. Techniquement, la solution impliquait d'une part que l'appartenance ou pas à l'organisation internationale de l'État dont la loi était rendue applicable était indifférente et d'autre part qu'aucune condition de réciprocité n'était exigée[7]. Ce caractère universel implique donc que la règle de conflit conventionnelle remplace entièrement la règle de conflit nationale, puisqu'aucune distinction ne peut être faite selon que la loi désignée est celle d'un État contractant ou d'un État tiers.

L'argument principal tient à ce que l'application de la loi d'un État ne nécessite pas son accord, ne porte atteinte à aucune de ses prérogatives et dépend d'un raisonnement localisateur qui est indépendant du pouvoir des États. Si l'on pense que la meilleure loi à appliquer est celle du lieu de la réalisation d'un délit, par exemple, la pertinence de ce rattachement ne dépend pas du point de savoir si l'État en cause est ou non membre de l'organisation qui a permis l'adoption de la règle de conflit et aucune atteinte à la souveraineté de l'État dont la loi est applicable n'est identifiable. Aussi la solution a-t-elle toujours été suivie à La Haye, à quelques très rares exceptions près[8].

Dans l'Union européenne, la même question a été posée à la fin du 20ème siècle, et l'on a pu se demander si la nature propre de l'Union européenne n'interdirait pas l'adoption de règles de conflit de lois désignant la loi d'un État tiers. Heureusement, l'objection a fait long feu[9]. D'abord, elle aboutissait à des résultats totalement impraticables, puisqu'il aurait fallu deux règles de conflit, selon que la loi applicable était celle d'un État membre ou celle d'un État tiers. Surtout, elle n'était pas théoriquement convaincante, pour les mêmes raison que celles qui ont été invoquées au sein de la Conférence. A cet égard, la particularité de la construction européenne, et la référence maladroite aux nécessités

[7] Sur laquelle v. P. LAGARDE, *La réciprocité en droit international privé*, in *RCADI*, T. 154, 1977, p. 103, spéc., sur l'unification conventionnelle du conflit de lois, p. 182 et s.

[8] Une exception résultait par exemple de l'article 6 de la Convention de La Haye de 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants qui ne permettait que la désignation de la loi d'un État contractant. Cette solution a été critiquée puis abandonnée lors de l'adoption de la Convention de 1973 qui l'a remplacée. V. sur ce point les explications de M. Verwilghen, rapporteur de la Convention de 1973 : *Actes et documents de la douzième session*, T. IV - Obligations alimentaires, La Haye, 1972, p. 103.

[9] Sur les différents arguments, v. particulièrement A. STRUYCKEN, *Le droit international privé d'origine communautaire et les États tiers*, in *Rev. Aff. Eur.*, 2001-2002, p. 469, spéc. p. 470.

du marché intérieur dans l'article 65 CE – heureusement un peu améliorée par la formulation de l'article 81 TFUE – ne changent rien à la donnée théorique fondamentale : la nature et la qualité d'un rattachement ne changent ni en fonction de l'auteur de la règle, ni en fonction de la loi désignée.

C'est finalement bien ce modèle qui a convaincu et les règlements européens, à quelques malfaçons près[10], ont bien tous une approche universelle du conflit de lois.

2. *La formulation des règles de conflit de lois*

Des règles de conflit universelles, donc. Mais ces règles doivent elles être différentes ? En d'autres termes, le contenu, la formulation même des règles de conflit de lois doit-elle varier selon qu'elle est adoptée au sein d'une organisation internationale ou d'une autre ?

A cet égard, à la fin du 20ème siècle, plusieurs importants écrits ont soutenu l'idée qu'il y aurait une différence profonde de nature entre le droit international privé européen et le droit international unifié sous l'égide d'une autre organisation internationale. L'argument principal tenait à la mission et aux compétences des organisations internationales. La Conférence de La Haye a en effet pour mission, importante, mais unique, d'unifier le droit international privé. Au contraire, dans l'Union européenne, l'unification du droit international privé n'est qu'une politique parmi d'autres, et loin d'être la plus importante. L'ambition propre de l'Union, construire un marché intérieur et un espace de liberté, sécurité et justice est d'une toute autre ampleur

Dès lors, de très fins connaisseurs du droit des libertés de circulation se sont demandé si les exigences de celles-ci, et notamment l'obligation de reconnaissance mutuelle, ne devait pas conduire à une nouvelle règle de conflit de lois qui donnerait compétence systématique à la loi du pays d'origine du bien ou du service[11]. Le droit international privé européen

[10] comme par exemple l'article 10 du règlement 1346/2000 dit règlement insolvabilité : « Les effets de la procédure d'insolvabilité sur un contrat de travail et sur le rapport de travail sont régis exclusivement par *la loi de l'État membre* applicable au contrat de travail ». Une telle limite n'a aucune justification convaincante.

[11] Sur ce débat, v. part. L. RADICATI DI BROZOLO, *L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation*, in *Rev. Crit*., 1993, p. 401 ; M. FALLON, *Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé*, in *Mélanges F. Rigaux*, Bruxelles, 1993, p. 187 et J. BASEDOW, *Der Kollisionrechtliche Gehalt der produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt : favor offerentis*, *RabelsZ*., 1995, p. 1.

aurait, dans cette perspective, pour finalité première de faire respecter les objectifs de libre circulation et devrait donc être entièrement repensé.

Cette idée, finalement, n'a pas été retenue. On le constate d'abord de façon empirique : les deux grands règlements, Rome 1, sur les contrats et Rome 2, sur les délits, posent des règles qui ny font presque aucune place. Au contraire, leurs dispositions sont finalement assez traditionnelles, modernisées, bien sûr, mais qui auraient très bien pu être adoptées par la conférence de La Haye.

L'argument qui a emporté la conviction, est que la règle de conflit de lois et la liberté de circulation n'ont pas le même rôle. La première essaye de localiser une situation en déterminant une loi applicable qui tienne compte de tous les intérêts en présence, et pas uniquement des objectifs matériels de l'Union. La seconde vise un objectif substantiel unique : assurer la circulation effective. Cette différence de rôle justifie une différence de domaine d'action et de formulation[12].

L'argument est aujourd'hui repris, mais de façon beaucoup plus subtile. Il est en effet parfois noté que les règlements de droit international privé, par leurs choix de rattachement ou de règle de conflit, se préoccupent bien des intérêts matériels de l'Union européenne[13].

Ce second argument est en effet beaucoup plus convaincant, et pourrait être beaucoup plus gênant, dans la mesure où des politiques substantielles spécifiques sont aisées à identifier en Europe, mais beaucoup moins au sein d'organisation comme la Conférence de La Haye qui n'endosse *a priori* aucun objectif matériel déterminé. Il ne faut pourtant sans doute pas exagérer les divergences. L'expérience de la Conférence de La Haye montre que très souvent, l'unification du conflit de lois réussit là où les États convergent aussi sur une politique matérielle déterminée. L'exemple le plus frappant est ici celui du droit de la famille, où l'interpénétration entre Conférence de La Haye et Union européenne est à son maximum. Le règlement 2201/2003, dit Bruxelles 2 bis, par exemple, d'une part singe la Convention de 1996 sur la protection des mineurs en posant des règles très proches et d'autre part adopte des règles relatives à l'enlèvement d'enfants qui s'intègrent dans

[12] V. not. M. WILDERSPIN et X. LEWIS, *Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des États membres*, in *Rev. Crit*., 2002, p. 1 et 289.

[13] Pour une telle lecture, v. par ex. H. MUIR WATT, *Rome II et les 'intérêts gouvernementaux' : pour une lecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle*, in S. CORNELOUP et N. JOUBERT (dir.), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Paris, 2008, p. 129.

le schéma plus global de la Convention de 1980 sur l'enlèvement. De façon encore plus spectaculaire, l'article 15 du règlement 4/2009 sur les obligations alimentaires renvoie globalement la détermination de la loi applicable au Protocole de La Haye de 2007.

Il semble bien, dès lors, que la différence entre règles de conflit de lois ne soit pas si grande selon qu'elles sont adoptées sous l'égide de la Conférence de La Haye ou sous celle de l'Union européenne. Les différences plus profondes se trouvent ailleurs.

3. *Le domaine du conflit de lois*

La règle de conflit de lois est l'un des moyens, pas le seul, de résoudre les problèmes qui naissent du fait qu'une situation se rattache simultanément à plusieurs pays. Or, à cet égard, le droit de l'Union a peut être une particularité qui est aujourd'hui amenée à se développer, celle de réduire l'importance du domaine du conflit de lois du fait de l'interférence avec la liberté de circulation.

La liberté de circulation, au départ, permettait d'entrer et de séjourner sur le territoire d'un autre État membre. Combinée avec l'égalité de traitement, elle permettait d'accéder aux mêmes prestations sociales que les ressortissants des autres États membres. Combinée, désormais, avec la citoyenneté, elle permet de garantir que le statut familial élaboré dans un État membre, quel qu'il soit, soit reconnu dans les autres États membres. Bien entendu, il ne s'agit pas de l'élaboration d'un droit de la famille particulier. Il s'agit simplement de s'assurer que les règles de droit de la famille qui sont appliquées dans un État d'accueil ne portent atteinte d'aucune façon au droit de circuler du citoyen européen.

C'est dès lors non pas l'application d'un régime particulier qui est en cause, mais bien la *reconnaissance* dans un État membre du régime qui lui a été appliqué dans un autre État membre. Tel a bien été le cas, par exemple, en matière de nom de famille, qui est sans aucun doute l'exemple le plus célèbre de l'application de la théorie de la reconnaissance dans l'Union européenne. Désormais, quelle que soit la loi applicable à la transmission du nom de famille sur son territoire, un État membre doit reconnaître le nom de famille donné par un autre État

membre, sous peine d'entraver la liberté de circulation et de porter atteinte aux libertés de circulation des personnes[14].

Cette idée de reconnaissance est aujourd'hui au cœur des discussions méthodologiques du droit international privé[15], mais il faut souligner ici un point : devant la Cour de justice, qui en est l'un des premiers et principaux instigateurs, la méthode de la reconnaissance ne s'est pas développée avec les outils du droit international privé, mais avec ceux du droit substantiel de l'Union.

Dès lors, en droit international privé contemporain de la famille, il faut aujourd'hui réconcilier deux logiques, qui sont complémentaires, mais différentes.

La première est la logique localisatrice du droit international privé traditionnel. Cette logique n'a jamais été abandonnée. Tous les importants règlements en matière de droit international privé qui ont été ou qui vont être adoptés reprennent des règles de conflit somme toute relativement classiques, même si elles sont adaptées : règles de conflits bilatérales pour la plupart, règles de conflit à coloration matérielle parfois. Rien de bien nouveau, la volonté est toujours celle de coordonner des systèmes autour d'un objectif d'harmonie internationale des solutions.

Mais cette première logique est complétée par une deuxième, qui est la logique circulatoire de l'Union européenne, née des libertés de circulation. Ici, l'objectif n'est plus une coordination abstraite des lois, mais bien un objectif concret de jouissance des droits. Il s'agit de permettre à une personne particulière d'accéder à des droits particuliers, au nom de la circulation. Simplement, avec l'irruption de la citoyenneté européenne, cette logique de jouissance des droits est devenue plus ample, puisqu'il ne s'agit plus de garantir à un citoyen un droit particulier dans un autre État membre (le droit de vote, par exemple), mais plus largement de lui permettre de circuler sans aucune entrave, ce qu'il faut comprendre comme impliquant que le citoyen doit pouvoir circuler avec son régime juridique.

Dès lors, logique circulatoire du droit de l'Union et logique coordinatrice du droit international privé se rencontrent autour d'un objectif fondamentalement commun : celui d'assurer l'unité du statut des

[14] On songe ici, bien entendu, aux célèbres arrêts CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia-Avello*, aff. C- 148/02 et CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin-Paul*, aff. C-353/06.

[15] Pour une synthèse des débats en Europe sur le sujet, v. part. P. LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*, Paris, 2013 ; *adde* R. BARATTA, *La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales*, *RCADI*, T. 348, 2010, p. 256 et s.

personnes. Le droit de l'Union européenne parlera volontiers de reconnaissance, le droit international privé, de son côté, parlera plus facilement d'harmonie internationale des solutions. Mais c'est bien la même réalité qui est visée dans les deux cas : assurer l'unité du statut des personnes.

Orientées autour d'un objectif matériel, ces solutions sont pour l'instant propres à l'Union européenne. Elle conduisent forcément à des solutions relativement libérales, et à un abaissement du seuil de déclenchement de l'ordre public que les États ne sont peut-être pas prêts à admettre en dehors d'Europe.

C'est dès lors une différence importante avec le droit international privé élaboré sous l'égide de la Conférence de La Haye qui d'une part n'est nullement subordonné à ces objectifs matériels supérieurs et d'autre part unit des États dont les liens sont moins étroits que ceux qui unissent les États membres de l'Union européenne.

Rien n'illustre mieux cette différence que la Convention de La Haye de 1978 sur le mariage[16]. Cette convention utilise un peu la même idée de reconnaissance, en disant, en substance, que si le mariage est valable dans le pays de célébration, il est valable dans les autres, quelle que soit la loi qui a été appliquée par les autorités de célébration. Cette solution relativement libérale n'a pas été acceptée par les États, alors même, pourtant, qu'il n'y a presque plus aucune difficulté en matière de reconnaissance internationale des mariages. Sans doute pourrait-on aujourd'hui réfléchir à nouveau à cette Convention, dont l'insuccès reposait en partie sur le défaut d'avoir été en avance sur son temps. En toute hypothèse, elle illustre bien les différences entre droit international privé européen et droit international privé conventionnel.

L'évolution finale viendra peut être d'une troisième organisation internationale : le Conseil de l'Europe. Les importants arrêts *Wagner*, *Negrepontis*, et *Mennesson*/*Labassée*[17]*,* ont en effet fait progresser l'idée de reconnaissance, mais cette fois au nom de la protection au droit à la vie privée et familiale. L'ampleur exacte à donner à ces changements reste un objet de discussion, ce qui est certain, toutefois, c'est qu'ils accompagnent un mouvement profond du droit international privé contemporain, le glissement du conflit de lois vers le conflit de juridictions et, plus largement, la coopération procédurale.

[16] Sur laquelle v. P. NYGH, *The Hague Marriage Convention : A Sleeping Beauty?*, in *E pluribus Unum, Mélanges G. Droz*, La Haye, 1996, p. 253.

[17] CEDH, *Wagner c. Luxembourg*, 28 juin 2007, Requête n° 76240/01, CEDH, *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, 3 mai 2011, Requête n° 56759/08, CEDH, *Mennesson c. France*, Requête n° 65192/11 et *Labassée c. France*, Requête n° 65941, du 26 juin 2014.

4. *La coopération internationale*

Le mouvement puissant de glissement du conflit de lois vers le conflit de juridictions et la coopération procédurale est une caractéristique majeure du droit international privé contemporain. Matière reine de la discipline pendant de nombreuses décennies, le conflit de lois est aujourd'hui relégué à une place beaucoup plus modeste. Il est aujourd'hui apparu très clairement, en effet, qu'appliquer une loi étrangère est une méthode, mais ni la seule ni même toujours la plus efficace, pour assurer la coordination des systèmes juridiques dans un but d'harmonie internationale des solutions, qui reste l'objectif fondamental du droit international privé.

D'autres méthodes sont progressivement apparues, méthodes qui peuvent être rattachées à la vaste famille des conflits de juridictions, mais qui s'est au passage considérablement enrichie et modifiée.

La coopération administrative, tout d'abord, est sans conteste l'un des apports importants de la Conférence de La Haye au droit international privé contemporain. Celle-ci a été inaugurée par les Conventions de procédure, soit quatre Conventions, d'inégale importance. Deux traitent de questions très particulières, quoique d'une indéniable portée pratique : la suppression du mécanisme de la légalisation, par la Convention de 1961 (dite Convention apostille) et l'accès aux mécanismes d'aide juridictionnelle, par la Convention de 1980. Les deux autres Conventions, de plus grande ambition, mettent en place une véritable politique active de coopération en matière de procédure, dont la pièce maîtresse est l'institution d'Autorités centrales. Ce sont les Conventions signification de 1965 et obtention des preuves de 1970. Ces Conventions inventent un nouvel organe, « l'autorité centrale » qui permet d'assurer une coopération très concrète entre systèmes juridiques, au plus grand bénéfice des personnes privées. L'institution des Autorités centrales a incontestablement représenté un important progrès pour les justiciables, qu'il faut mettre au crédit de la Conférence de La Haye. Ces progrès expliquent sans aucun doute l'immense succès de ces Conventions de coopération procédurale[18]. Aujourd'hui, le mécanisme des Autorités centrales a été considérablement développé et forme la base du noyau de coopération internationale en matière de droit de la famille. Il est central, par

[18] G. DROZ, *Evolution du rôle des autorités administratives dans les Conventions de droit international privé au cours du premier siècle de la conférence de La Haye*, in *Mélanges Bellet*, Litec, 1991, p. 129.

exemple, en matière d'enlèvement d'enfants (Convention de 1980) ou d'adoption internationale (Convention de 1993) et constitue un important point d'appui en matière de protection des mineurs (Convention de 1996). Ils sont aujourd'hui au cœur des débats sur une éventuelle convention en matière d'immigration[19].

Ces mécanismes de coopération ont été repris dans l'Union européenne. En matière de procédure, les règlements obtention des preuves (1207/2001) et signification (1393/2007) reprennent purement et simplement les techniques des Conventions de La Haye correspondantes, ce qui a parfois suscité un certain étonnement[20]. C'est encore la même chose en matière de droit de la famille, puisque, là encore, les méthodes de coopération internationale ont été reprises et approfondies par les règlements européens, tout particulièrement en matière d'enlèvement d'enfants (Règlement 2201/2003, dit Bruxelles 2 bis).

Une telle coopération est incontestablement un succés de la Conférence de La Haye. Mais il reste qu'au-delà de la concurrence entre organisations, il faut souligner qu'une telle coopération n'est possible que parce qu'elle est mise en œuvre au niveau supra national. C'est en effet parce que plusieurs États s'accordent pour organiser entre eux une procédure particulière de coopération que celle-ci peut se mettre effectivement en place. En cela, le rôle des organisations internationales est bien irremplaçable : c'est par leur entremise que peut se réaliser une telle coopération, qui est inaccessible aux seuls États.

Il n'en demeure pas moins, bien entendu, qu'une coopération internationale peut être mise en œuvre d'autant plus étroitement que les liens entre États sont forts. A cet égard, l'Union européenne possède un avantage incontestable sur la Convention de La Haye. Par le modèle d'intégration fort qu'elle propose aux États, par les mécanismes institutionnels de coopération qu'elle met en place, elle peut aller bien plus loin que la Conférence de La Haye sur le chemin de la coopération.

Dès lors, l'évolution vers un droit processuel européen, qui se détache progressivement du « conflit de juridictions » traditionnel est aujourd'hui le marqueur le plus frappant de la particularité du droit international privé européen.

Il y a de nombreux exemples de cette collaboration beaucoup plus poussée entre les membres de l'Union et les autres. Le plus évident est

[19] S. CORNELOUP, *Can Private International Law Contribute to Global Migration Governance ?*, in H. MUIR WATT et D. FERNANDEZ ARROYO, *Private International Law and Global Governance*, Oxford, 2015, *à paraître*.

[20] V. p. ex. N. MEYER-FABRE, *L'obtention des preuves à l'étranger*, in *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2002-2004, p. 199.

celui de la reconnaissance des jugements. Il y a désormais en matière de reconnaissance des jugements des mécanismes presque automatiques, qui sont extrêmement libéraux et réservés aux jugements des États membres. La même remarque peut être faite à propos des mécanismes de lutte contre les procédures parallèles, qui sont infiniment plus efficaces au sein de l'Union européenne qu'avec les États tiers. Cette efficacité est bien évidemment encore renforcée depuis l'entrée en vigueur, en janvier 2015, du nouveau règlement Bruxelles 1 révisé (Règlement 1215/2012). Il n'y a pas là de raison théorique puissante, mais simplement un constat pragmatique : l'Union arrive à mettre en place des instruments de coopération plus efficace. En soi, la règle n'a rien de spécifique, mais elle ne peut marcher qu'à partir d'un certain degré d'intégration.

Un exemple paraît ici particulièrement pertinent : celui de l'assouplissement des règles de compétence internationale. Rien ne montre mieux en effet l'évolution en cours en Europe que les règles de compétence en matière de protection des enfants, dont on n'a peut-être pas assez souligné l'extraordinaire plasticité. La compétence en matière de responsabilité parentale est régie par les dispositions du règlement Bruxelles 2. En substance[21], l'article 8 du règlement impose la compétence des tribunaux de la résidence habituelle de l'enfant. Cette règle de rattachement, d'une classique rigidité, souffre pourtant de nombreux exceptions et assouplissements. On en soulignera deux.

Une première série d'exceptions concerne la prorogation de compétence. L'article 12 du règlement autorise en effet la saisine d'autres tribunaux, ceux du divorce ou ceux qui présentent un lien étroit avec l'enfant dans certaines hypothèses. Dans tous ces cas, la compétence ne peut être mise en œuvre que si elle est « dans l'intérêt supérieur de l'enfant ». La deuxième exception est plus spectaculaire encore, puisqu'elle concerne la fameuse règle de coopération judiciaire de l'article 15 par lequel un tribunal saisi et compétent peut, à diverses conditions, transférer l'affaire dont il est saisi à un autre tribunal « lorsque cela sert l'intérêt de l'enfant ».

Une telle référence à l'intérêt de l'enfant ne doit pas être prise simplement comme un vœu pieu ou une déclaration de bonne intention. L'immixtion de ce concept a en effet des effets juridiques déjà fort bien mis en lumière[22]. En l'espèce, ce sont des effets procéduraux dont il s'agit. Seul le juge, en effet, est chargé d'apprécier l'intérêt de l'enfant.

[21] Pour une présentation exhaustive, v. part. E. GALLANT, *Règlement Bruxelles 2 bis*, in *Répertoire Dalloz de Droit International*, 2010.

[22] P. HAMMJE, *L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé*, *Mélanges Lagarde*, Paris, 2005, p. 365.

Dès lors, imposer la prise en compte de cet intérêt, c'est bien conférer au juge la possibilité d'apprécier la pertinence de sa propre compétence. C'est bien exactement un mécanisme de *forum conveniens* [23]. L'introduction d'un tel mécanisme, qui fait figure pourtant de repoussoir dans le contentieux civil et commercial, montre l'ampleur du bouleversement qui a été réalisé. Au-delà de la question de procédure, en effet, le changement fondamental porte bien sur la nature du contentieux qui est en cause. En matière de protection des enfants, en réalité, peu importe la sécurité et la prévisibilité. L'important est de mettre en œuvre une procédure rapide, efficace, et entièrement centrée sur le lieu de vie de l'enfant. Celui-ci pouvant être amené à évoluer, particulièrement dans le douloureux contentieux de la responsabilité parentale, la nécessité d'adapter le contentieux à la réalité de la localisation de l'enfant conduit à introduire des éléments de souplesse. La modification du régime de la règle permet ici de mettre le doigt sur une modification beaucoup plus profonde de sa nature.

A nouveau, une telle évolution n'est pas nécessairement propre à l'Union européenne. L'article 15 du règlement Bruxelles 2, tout particulièrement, a pour modèle les articles 8 et 9 de la Convention de La Haye de 1996 sur les mineurs. Il n'en reste pas moins que l'on peut gager que c'est d'abord au sein de l'Union européenne que le mécanisme de coopération aura d'abord vocation à s'appliquer, comme le montrent les quelques exemples de décisions ayant appliqué le mécanisme[24]. La souplesse s'appuie en effet sur une coopération étroite, elle-même née d'une confiance mutuelle désormais acquise et enserrée dans un réseau de coopération judiciaire qui structure aujourd'hui l'espace judiciaire européen. Dès lors, si le fondement théorique de la souplesse est lié à l'intérêt de l'enfant et, partant, indépendant de toute entreprise fédérale, il n'en reste pas moins que sa mise en œuvre pratique est d'abord permise par l'étroitesse des liens qui unissent les États membres. En ce sens, le modèle de compétence souple et coopératif qui se met en œuvre est bien une particularité de l'espace judiciaire européen[25].

[23] En ce sens, v. déjà P. HAMMJE, *op. cit*., p. 374.

[24] V. part. Reims, 28 juillet 2009, *Clunet*, 2012, 968, note C. Kleiner et Reims, 29 octobre 2010, *Clunet*, 2012, 677, note I. Barrière-Brousse.

[25] Dans un sens proche, v. M. L. NIBOYET, *La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial*, *Clunet*, 2006. 937.

***

Incontestablement, les organisations internationales sont une source majeure d'évolution du droit international privé. Bien entendu, les organisations les plus intégrées ont, comme on peut s'y attendre, l'influence la plus profonde. A cet égard, la construction européenne, et le modèle quasi fédéral qu'elle est en train de mettre en place en tâtonnant, bouleverse en profondeur les règles de coordination entre systèmes. La proximité entre les systèmes juridiques et judiciaires des États membres, le principe de confiance mutuelle et les échafaudages institutionnels mis en place permettent des coopérations entre systèmes extrêmement étroites, affectant en profondeur le droit international privé. Il reste que d'autres organisations internationales, au premier rang desquelles la Conférence de La Haye, continuent à jouer un rôle fondamental. La raison la plus évidente en est que les frontières du monde ne s'arrêtant pas à l'Europe, il est impératif, au delà des règles de conflits de lois, de prévoir des règles organisant la coopération entre États membres et États tiers. Mais plus fondamentalement, l'exemple de la coopération administrative internationale montre que la Conférence de La Haye reste un acteur majeur du droit international privé. Forte d'une expérience séculaire, carrefour d'innovations juridiques en provenance de toutes les traditions, la Conférence continue incontestablement à jouer un rôle déterminant dans l'invention et la mise en œuvre de nouvelles méthodes du droit international privé. En cela, les organisations internationales sont d'irremplaçables atouts pour la construction du droit international privé de demain.

LA COOPERAZIONE TRA ORGANIZZAZIONI INTERNAZIONALI NELLO SVILUPPO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE

Sergio M. CARBONE*

SOMMARIO: 1. Il diritto del commercio internazionale e la specificità della sua formazione ed attuazione negli ordinamenti statali. – 2. La progressiva collaborazione tra organizzazioni internazionali ed enti esponenziali di interessi privati nella formazione del diritto uniforme del commercio internazionale. – 3. Continua: la progressiva espansione del ruolo delle organizzazioni internazionali nella formulazione della normativa di diritto uniforme ed il ridimensionato ruolo delle istituzioni internazionali rappresentative degli interessi privati. – 4. I principali strumenti normativi di codificazione delle norme di diritto uniforme oggetto di collaborazione interistituzionale: la permanente rilevanza delle Convenzioni internazionali ed i loro effetti. – 5. Continua: dalle convenzioni internazionali agli strumenti normativi di *soft law*. – 6. Il progressivo consolidamento di formule uniformi attraverso la collaborazione normativa tra organizzazioni internazionali di vario tipo. – 7 Continua: in particolare, la collaborazione tra organizzazioni internazionali non intergovernative ed organizzazioni appartenenti alle N.U. – 8. Continua: le modalità di collaborazione tra organizzazioni intergovernative. Alcuni esempi. – 9. Considerazioni conclusive: l'emersione di principi propri del diritto uniforme attraverso la collaborazione interistituzionale.**

* Emerito di Diritto internazionale, Università degli Studi di Genova.

** Principali riferimenti bibliografici utilizzati per l'elaborazione del presente lavoro: M. THORNER, *The Evolution of Technical Assistance provided by Intergovernmental Organisations. A Comparative Study of the Hague* Conference, IMF, WTO, Unidroit and UNCITRAL, in *Essays In Honour of Hans van Loon*, Cambridge – Antwerp – Portland, 2013, p. 583 ss.; E. LOQUIN, *Le règles matérielles internationales*, in *RCADI*, 2006, t. 322, p. 9-242, spec. p. 83 ss.; A. VON OVERBECK, *La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé*, in *RACDI*, 1992, t. 233, p. 9 ss.; F. PAULINO PEREIRA, *La Conférence de La Haye de droit international privé: vers une coopération judiciaire dans les matières civiles et commerciales à l'échelle universelle*, in *A Commitment To Private International Law. Essays In Honour of Hans van Loon*, Cambridge – Antwerp - Portland, 2013, p. 443 ss.; S.V. BAZINAS, *Towards Global Harmonization of Conflict-of-Laws Rules in the Area of Secured Financing: The Conflict-of-Laws Recommendations of the UNCITRAL Legislative Guide on Secured Transactions*, in *Essays In Honour of Hans van Loon*, cit. p. 1 ss.; A. JUNKER, *International Labour Organization (ILO)*, in J. BASEDOW, K.J. HOPT, R. ZIMMERMANN, A. STIER (a cura di), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Hamburg, 2012, I, p. 967 ss.; N. LAGONI, *International Maritime Organization (IMO)*, in J. BASEDOW, K.J. HOPT, R. ZIMMERMANN, A. STIER (a cura di), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Hamburg,

1. *Il diritto del commercio internazionale e la specificità della sua formazione ed attuazione negli ordinamenti statali*

Il diritto del commercio internazionale risulta tradizionalmente elaborato, volta a volta, in sedi e da parte di enti rappresentativi anche di soggetti a vario titolo particolarmente coinvolti nei relativi traffici che perseguono la tutela di specifici interessi. Inoltre, esso è spesso caratterizzato da una disciplina che, da un lato, non è necessariamente riconducibile a disposizioni dotate dei caratteri della «imperatività» o della «esaustività» e, dall'altro, è elaborata in funzione delle caratteristiche di rapporti che travalicano uno specifico ambito locale. In tale normativa, infine, contrariamente a quanto si verifica in altri settori del diritto dell'economia, sono presenti formulazioni adottate in virtù di tecniche espressive idonee ad essere applicate nelle varie sedi in cui si tratta di realizzare la loro compiuta attuazione e di garantirne l'effettività, pur non essendo riconducibili a modelli normativi o a «tipi» appartenenti esclusivamente ad alcuni ordinamenti.

2012, I, p. 967 ss.; T. MENSAH, *The cooperation between the Comité Maritime International (CMI) and the International Maritime Organization (IMO) in the development of uniform international maritime law*, in *Dir. Mar*., 1999, p. 153 ss.; P. CHAVEAU, *L'unification du droit maritime et le Comité maritime international*, in *Rev. Trim. Droit. Comm.*, 1963, p. 736 ss.; A. PHILIP, *The Work of CMI for the Unification of Maritime Law*, in *Dir. Mar*., 1999, p. 176 ss.; R. DAVID, *Commission des Nations Unies pour le droit commercial international*, in *Ann. IDI*, 1970, p. 453 ss.; E. A. FARNSWORTH, *UNCITRAL: Why? What? How? When?*, in *Am. J. Comp. L*., 1972, p. 314 ss.; R. D. KEARNEY, *The United States and International Cooperation to Unify Private Law*, in *Cornell Int. Law. Jour*., 1972, p. 3 ss.; J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Une institution spécialisée renaissante: la nouvelle Organisation maritime internationale*, in *Ann. Institut du Droit International*, 1976, p. 494 ss.; B. OBINA OHERE, *L'organisation intergouvernementale de la navigation maritime*, Paris 1973; S. ZUNARELLI, *Il Legal Committee dell'IMO e i lavori per l'unificazione del diritto marittimo*, in *Dir. Mar*., 1999, p. 252 ss. A. PHILIP, *The Work of CMI for the Unification of Maritime Law*, in *Dir. Mar*., 1999, pp. 178 ss.; M. H. CARLSON, *US Participation in the International Unification of Private Law: The Making of the Uncitral Draft Carriage of Goods by Sea Convention*, in *Tul. Mar. Law. Jour.*, 2007, p. 615 ss., spec. p. 622; AA.VV., *The Harmonization of Commercial Law: Coordination and Collaboration. An Unidroit Perspective*, ICC/UNIDROIT, Symposium, Roma 18 gennaio 1997.

Al testo della relazione viene allegata, a titolo esemplificativo dell'intensità e delle diverse modalità della collaborazione tra organizzazioni intergovernative, non governative, associazioni professionali o imprenditoriali oltreché enti nazionali interessati al diritto del commercio internazionale, una scheda delle specifiche collaborazioni formali ed informali intrattenute dall'Unidroit, con riferimento ai vari atti normativi dotati di differenti effetti normativi secondo le indicazioni di cui al testo. Tale scheda informativa è dovuta alla cortesia della prof.ssa Anna Veneziano (attuale vice-Segretario generale dell'Unidroit) e della dott.ssa Lena Peters (*senior officer* della predetta organizzazione). Ad entrambe rinnovo il mio più caloroso ringraziamento.

La relativa disciplina che si è formata al riguardo, pertanto, risulta spesso governata da regole idonee ad un'applicazione ultra-locale, diverse da vere e proprie norme di *hard law* adottate direttamente (o indirettamente riconosciute) dagli enti e/o organi titolari del potere normativo nell'ambito delle varie sovranità locali ove devono essere decise le controversie e/o eseguiti i vari rapporti relativi al commercio internazionale. Risulta, invece, enfatizzata in tale prospettiva l'importanza del loro carattere di disciplina che è in grande misura vincolata ai contenuti della pratica dei rapporti mercantili ed è adottata attraverso l'impiego di strumenti normativi, elaborati anche attraverso la diretta partecipazione delle classi ad essi interessate in cui è evidente lo sforzo di contemperare le varie esigenze e di comporre i diversi interessi. A tal fine, pertanto, si provvede attraverso l'impiego di formanti, tipologie normative e adeguate modalità espressive idonee ad essere impiegate ed applicate nei vari ordinamenti statali nell'ambito dei quali i traffici si trovano a gravitare.

Questa circostanza spiega le ragioni per le quali, pur in occasione di periodi storici caratterizzati da esasperate tendenze rivolte ad una differenziazione nazionale del diritto commerciale in occasione della sua «trasformazione» da diritto consuetudinario in «diritto legale di tipo statuale», non si è verificata quella discontinuità tra le normative vigenti nei vari ordinamenti statali che è propria di altri rapporti riconducibili al diritto civile. Infatti, in nessun altro settore del diritto esiste una serie così fitta di rapporti le cui soluzioni normative introdotte nelle varie codificazioni statali, anche nei periodi di massima espansione del «nazionalismo del diritto», sono «sostanzialmente» convergenti in virtù della presenza (e della quantomeno sostanziale adesione ai contenuti ed alle modalità espressive) della regolamentazione internazionale del commercio internazionale.

2. *La progressiva collaborazione tra organizzazioni internazionali ed enti esponenziali di interessi privati nella formazione del diritto uniforme del commercio internazionale*

L'uniformità transnazionale del diritto del commercio internazionale risulta, quindi, grandemente favorita e realizzata, nel corso dell'ultimo secolo, soprattutto dall'attività di organismi rappresentativi di soggetti coinvolti nei rapporti oggetto della relativa disciplina attraverso una loro collaborazione con, o per il tramite di, uno o più Stati che, condividendone *ex post* i contenuti, si facevano promotori delle relative conferenze internazionali per l'adozione dei più adeguati strumenti normativi di di-

ritto internazionale al fine di garantirne l'attuazione. In realtà, i predetti organismi non intergovernativi dotati di particolare specializzazione nei vari settori in cui operavano hanno anche cercato, attraverso diverse tecniche, di codificare direttamente ed autonomamente la disciplina più adeguata, o quanto meno i principi più rilevanti, dei rapporti del commercio internazionale, non soltanto proponendo agli Stati l'adozione di vere e proprie convenzioni di diritto uniforme, ma anche in virtù di *Guidelines,* di principi, di standards contrattuali, di leggi-modello o di *mandatory minimum standards.*

Per quanto riguarda, in particolare, l'esperienza vissuta dagli organismi non intergovernativi ora indicati, la tecnica di unificazione è stata inizialmente individuata nell'elaborazione di «strumenti privatistici» privi di qualsiasi tipo di «imperatività» nei confronti dei loro destinatari. È quanto, ad esempio, avvenuto nell'ambito dell'*International Law Association* allorché si è data carico (sin dal 1890) di predisporre le Regole di York e di Anversa relative all'avaria comune, che hanno rappresentato, e tutt'ora rappresentano, uno dei più felici esempi di razionalizzazione delle regole della pratica dei traffici commerciali e di spontaneo adattamento ad esse da parte di tutti i soggetti interessati ad applicarle in virtù della loro volontaria incorporazione nei contratti di compravendita internazionale e di *charter-party* oltreché nelle polizze di carico. Ad esse, infatti, si fa abitualmente rinvio nei modelli relativi a tali rapporti contrattuali più frequentemente adottati in ambito internazionale.

Tale tecnica «privatistica», peraltro, è stata in grado di operare con caratteri di effettività solamente con riferimento ad alcuni istituti. Si spiegano, così, dopo le incertezze innanzi accennate, le ragioni della progressiva e sempre più intensa collaborazione degli enti e degli organismi non intergovernativi (esponenziali degli interessi del commercio internazionale) con gli Stati, riconoscendo progressivamente al riguardo un ruolo sempre più significativo anche alle organizzazioni intergovernative. La tecnica per la formazione ed approvazione delle norme di diritto uniforme si è, pertanto, spostata, sin dalla prima metà del secolo scorso, progressivamente verso l'adozione di convenzioni internazionali con un ruolo sempre più attivo da parte delle organizzazioni internazionali di tipo interstatale. Nella relativa disciplina si alternano disposizioni di *soft law*, derogabili dalle determinazioni dell'autonomia privata, e norme di *hard law*, che si impongono imperativamente agli Stati ed alle parti interessate ai rapporti relativi al commercio internazionale. In particolare, queste normative ed i relativi effetti vengono, pertanto, variamente formalizzati e recepiti anche nell'ambito di veri e propri trattati potendosi giovare della collaborazione e delle iniziative sollecitate dagli stessi Stati

e dai vari ordinamenti statali al fine di garantirne la più ampia applicazione e l'effettività del loro impiego. In ogni caso, la loro elaborazione risulta progressivamente sempre più qualificata da un rilevante apporto della specifica organizzazione internazionale volta a volta competente, *ratione materiae*, rispetto agli argomenti oggetto della disciplina uniforme.

È, infine, da ricordare che anche in tali sedi ci si è sempre preoccupati di garantire la coerenza di normative di diritto uniforme con la pratica del settore e con la tutela di standard minimi corrispondenti alla soddisfazione delle varie esigenze dei diversi, e spesso conflittuali, interessi privatistici rilevanti (tanto da risultare in alcuni casi l'oggetto di norme addirittura inderogabili) secondo la rappresentazione formulata da parte degli stessi organismi non intergovernativi nei quali tali interessi sono presenti. Pertanto, progressivamente nel tempo, le organizzazioni non intergovernative hanno operato canalizzando e razionalizzando le istanze delle varie associazioni delle categorie economiche interessate, sulla base dei risultati di gruppi di lavoro costituiti *ad hoc,* non tanto nei confronti degli Stati, ma attraverso l'apporto di organizzazioni intergovernative specializzate *ratione materiae* al fine di farne recepire i contenuti nei vari strumenti normativi internazionali, volta a volta più adeguati a garantire l'effettività dei risultati in tale sede conseguiti, tenendo conto delle specifiche caratteristiche delle normative al riguardo rilevanti. L'esempio più qualificante ed indicativo dei positivi esiti di tale collaborazione è quello emerso, sin dalla prima metà del secolo scorso, in occasione della codificazione internazionale relativa ai rapporti di lavoro avvenuta con il contributo determinante dell'I.L.O.

3. Continua: la progressiva espansione del ruolo delle organizzazioni internazionali nella formulazione della normativa di diritto uniforme ed il ridimensionato ruolo delle istituzioni internazionali rappresentative degli interessi privati

Quanto ora indicato evidenzia, pertanto, che sino agli ultimi decenni del secolo scorso i principi e le regole relative al commercio internazionale non tenevano specificamente conto della tutela degli interessi e della crescita economica delle attività imprenditoriali e delle utenze presenti nei Paesi in via di sviluppo; anzi gli stessi Paesi ora indicati non si sono sentiti (quanto meno sufficientemente) garantiti dal modello elaborativo e di approvazione della normativa uniforme sino ad allora adottato nell'ottimizzare anche nel loro ambito territoriale i positivi effetti dello sviluppo del commercio internazionale realizzato attraverso la progressi-

va evoluzione del diritto uniforme. Si tratta di un atteggiamento che a volte sembra privo di un preciso riscontro razionale e contraddittorio rispetto alla tutela effettiva degli interessi presenti in tali Paesi. Esso, peraltro, ha sicuramente inciso in modo significativo nella pratica relativa all'elaborazione e codificazione del diritto del commercio internazionale, soprattutto nella seconda parte del secolo scorso, mettendo in crisi un modello di collaborazione tra organizzazioni non intergovernative e Stati all'interno e nell'ambito delle varie organizzazioni interstatali competenti *ratione materiae* nell'elaborazione ed adozione degli strumenti normativi di diritto internazionale.

Tale evoluzione ha provocato il superamento del modello ora indicato assegnando all'UNCTAD, e soprattutto all'UNCITRAL, oltreché all'IMO, all'ILO, all'ICAO e ad altri istituti specializzati delle N.U., il ruolo di principali, o addirittura esclusivi, enti direttamente preposti alla codificazione ed allo sviluppo del diritto uniforme relativo al commercio internazionale. Si prende, in tal modo, atto che per l'elaborazione della disciplina dei vari settori del commercio internazionale non è più sufficiente l'attività degli enti non governativi esponenziali degli interessi delle imprese e dei soggetti titolari dei vari rapporti interindividuali relativi al commercio internazionale con l'ausilio di alcuni Stati sensibili a tale esigenza prevalentemente localizzati soltanto in (e portatori degli interessi dei) Paesi industrializzati.

Emerge, così, che una compiuta ed esaustiva elaborazione del diritto uniforme può avvenire soltanto giovandosi della collaborazione e dell'intervento diretto delle organizzazioni intergovernative in cui sia garantita anche la presenza di una significativa rappresentanza dei Paesi in via di sviluppo, in quanto la disciplina dei vari rapporti relativi al commercio internazionale si rivela sempre più connessa con gli equilibri macroeconomici che caratterizzano le loro relazioni reciproche ed in particolare le relazioni dei Paesi industrializzati rispetto a quelli delle economie emergenti.

Per converso, ci si è resi anche conto che, in tal modo, si realizzava una progressiva riduzione della considerazione e del coinvolgimento dei differenti soggetti privati a vario titolo interessati a rapporti relativi al commercio internazionale nella elaborazione delle Convenzioni di diritto uniforme (ed in particolare un inferiore coinvolgimento al riguardo rispetto al passato dei loro enti rappresentativi) con effetti tali da compromettere il successo del nuovo modello al riguardo adottato. Ci si è resi conto, infatti, che molte normative di diritto uniforme elaborate attraverso la prevalente (o addirittura la sola) collaborazione interstatale pur nell'ambito di specifiche organizzazioni internazionali competenti *ratio-*

ne materiae venivano di fatto boicottate nella fase della loro attuazione. In particolare, le componenti economiche e commerciali, nella misura in cui si sono sentite escluse dal processo decisionale internazionale, hanno rivolto la loro azione in un'ottica dissuasiva rispetto alle soluzioni in tale sede proposte operando, invece, a favore del mantenimento degli *status quo* della normativa sino ad allora adottata evitando di favorire i processi normativi di attuazione delle nuove discipline internazionali nei singoli Stati. È proprio nell'ambito di tale processo di adattamento del diritto interno al diritto internazionale, infatti, che gli organismi esponenziali degli interessi di settore si sono rivelati in grado di esercitare una determinante influenza politica. La loro azione risulta, pertanto, indirizzata a condizionare *ex post* l'effettività dei vari strumenti normativi elaborati a livello internazionale senza la loro diretta partecipazione o un loro adeguato coinvolgimento: si cerca, così, di limitarne la portata e si giustifica tale atteggiamento negativo con l'osservazione che le loro proposte e le loro legittime esigenze non sono state tenute nella debita considerazione in sede di formazione della normativa internazionale di diritto uniforme nella quale gli innanzi indicati enti esponenziali non sono stati adeguatamente introdotti e/o utilizzati.

Ne risulta che la progressiva riduzione del coinvolgimento dei soggetti direttamente interessati, oltreché degli stessi *stakeholders,* sin dalla elaborazione delle varie tipologie di normative internazionali relative al commercio internazionale che li riguardano, rende queste ultime «vulnerable and prone to derailment».

Quanto ora indicato chiarisce, pertanto, l'insuccesso delle Regole di Amburgo, pur tecnicamente molto evolute e condivise nell'ambito dei negoziati interstatali, in occasione dei procedimenti nazionali relativi alla loro introduzione nei vari ordinamenti nazionali soprattutto dei Paesi ad economia industriale ed in particolare di quelli dell'Unione europea. Tanto che rispetto ad esse si è preferita la permanenza in vigore della Convenzione di Bruxelles del 1924, redatta con una maggiore e diretta partecipazione degli enti esponenziali degli interessi coinvolti nei trasporti marittimi di linea e precisata da consolidati esiti giurisprudenziali oltreché da successivi Protocolli di mero aggiornamento, ed in questo senso ritenuta più aderente alle esigenze di tale specifico settore del commercio internazionale. Ed analoga sorte, pur se meno giustificata dalle accennate ragioni, rischia di subire anche la più recente disciplina della Convenzione di Rotterdam, anche se la relativa elaborazione è intervenuta non solo all'interno del sistema dell'UNCITRAL ma pur si è potuta giovare, in particolare, del diretto contributo del CMI quale ente esponenziale dei predetti interessi coinvolti nei trasporti marittimi.

Ne risulta, quindi, e si segnala, da un lato, l'esigenza di un tempestivo coinvolgimento e di una collaborazione degli enti esponenziali di ognuno dei principali settori economici relativamente ai quali la normativa del diritto del commercio internazionale è destinata a produrre i suoi effetti; in particolare, emerge l'importanza che una adeguata consultazione, nella fase della sua elaborazione, sia tempestivamente estesa anche alle organizzazioni non intergovernative in cui ognuna delle principali categorie interessate è presente o anche solo indirettamente rappresentata. Dall'altro lato, si tratta di prendere realisticamente atto che, pur riconoscendo l'accennato ruolo e la funzione delle organizzazioni non intergovernative (soprattutto con riguardo ad alcune tipologie di rapporti), la sede più adeguata per le determinazioni relative alle normative di diritto uniforme che incidono sui rapporti del commercio internazionale non può che essere presso le organizzazioni interstatali, ed in particolare presso le istituzioni specializzate delle Nazioni Unite, in quanto in esse trovano adeguata rappresentatività gli interessi statali su base universale su cui incidono le normative ora indicate in virtù dei loro effetti macroeconomici che sempre più le caratterizzano.

In altri termini, una proficua partecipazione ed un adeguato coinvolgimento degli enti esponenziali dei vari interessi privati o, comunque, non soltanto interstatali, al processo elaborativo della normativa di diritto uniforme, anche nei casi in cui essa è realizzata nell'ambito degli istituti specializzati delle Nazioni Unite volta a volta rilevanti (ed in particolare l'UNCITRAL), risulta assolutamente essenziale. Naturalmente, la portata di tale partecipazione e la determinazione del tipo del loro intervento normativo quale mero *advisor* o «osservatore», in funzione della specificità dell'organizzazione internazionale volta a volta coinvolta, deve essere comunque qualificata nel senso di garantire la necessaria comprensione di tutte le effettive esigenze della pratica, tenendo conto delle diverse soluzioni che al riguardo sono proposte o maturate nelle varie sedi ed ambiti geografici. Solo in tal modo, infatti, si può garantire che le scelte del tipo e dei contenuti dello strumento normativo relativo alla disciplina uniforme dei rapporti del commercio internazionale possano conseguire quella adesione ai relativi contenuti da parte degli utenti e la comprensione delle esigenze della pratica al fine di garantire a tale normativa una adeguata e tempestiva attuazione nei vari ordinamenti statali con la conseguente effettività dei relativi contenuti, essenziale per il perseguimento dei suoi obiettivi.

4. *I principali strumenti normativi di codificazione delle norme di diritto uniforme oggetto di collaborazione interistituzionale: la permanente rilevanza delle Convenzioni internazionali ed i loro effetti*

Nella consapevolezza di quanto ora indicato la collaborazione tra i vari enti interessati a diverso titolo alla elaborazione della normativa del commercio internazionale è stata grandemente valorizzata nel corso degli ultimi decenni, da un lato, evitando sovrapposizioni di iniziative, dall'altro, favorendo la loro più ampia partecipazione alle varie fasi di tali elaborazioni. In tal senso, come in particolare risulta dalla pratica adottata al riguardo da parte dell'UNIDROIT, organizzazioni interstatali, organizzazioni non governative, istituti e organizzazioni nazionali, enti associativi di tipo professionale ed enti del settore privato si sono trovati a collaborare nella determinazione sia degli argomenti e dei contenuti oggetto della disciplina di diritto uniforme sia della tipologia di strumento normativo da adottare.

A quest'ultimo proposito, in particolare, la tipologia più efficiente tra i vari strumenti normativi internazionali da impiegare al fine di garantire «l'unificazione» o, più precisamente, «l'uniformità» dei rapporti del commercio internazionale volta a volta rilevanti, è risultata ancora la convenzione internazionale. Solo in tal modo, infatti, è possibile perseguire efficacemente, e con adeguate garanzie, l'uniforme operatività della disciplina elaborata, contrariamente a quanto si verifica attraverso altri strumenti che consentono di realizzare solamente «un'armonizzazione» o un'uniformità con effetti più attenuati dei parametri normativi adottati soprattutto allorché si tratta di strumenti di *soft law*. Questi ultimi, infatti, non sono in grado di limitare adeguatamente le potenzialità derogatorie dell'autonomia privata e/o dei vari ordinamenti statali che possono operare in senso riduttivo o addirittura in senso derogatorio rispetto alla disciplina nel loro ambito prevista.

La normativa contenuta in convenzioni internazionali di diritto uniforme, invece, proprio perché idonea ad imporre la propria disciplina, ove è necessario anche con portata «imperativa» sia nei confronti dei soggetti interessati sia nei confronti degli ordinamenti statali che vi aderiscono, risulta tutt'ora particolarmente adeguata a regolare rapporti dotati dei caratteri della internazionalità, soprattutto allorché la posizione dei soggetti ad essi partecipi risulta, per varie ragioni, «sperequata» e/o nei casi in cui è necessaria la produzione di effetti destinati ad incidere in modo particolarmente significativo anche su equilibri macro-economici.

In quest'ottica, pertanto, le convenzioni internazionali si qualificano tutt'ora come il modello normativo più idoneo ad assicurare uno spazio

applicativo, almeno in parte, non modificabile in senso riduttivo dei relativi effetti da parte degli Stati e, tanto meno, dai privati interessati al rapporto. In tal modo, le convenzioni internazionali di diritto uniforme sono risultate, e risultano tutt'ora, gli strumenti normativi più indicati a garantire l'effettiva applicazione dell'equilibrato assetto degli interessi raggiunto in ambito internazionale attraverso la collaborazione interistituzionale innanzi accennata. Tale assetto normativo, infatti, nell'ottica ora indicata, risulta incomprimibile e necessario allorché ci si trovi in presenza dei presupposti che giustificano tali effetti in un ambito vincolato, e autonomamente determinato dalla stessa normativa di diritto uniforme, nei confronti dei suoi destinatari (Stati e imprese). In altri termini, in presenza delle circostanze e delle caratteristiche da ultimo indicate, questa tipologia di normativa uniforme è in grado di «prevalere» sulle norme interne in funzione sia della specialità delle disposizioni in tal modo adottate sia della particolare imperatività che ne qualifica i relativi contenuti.

Pertanto, a tutt'oggi, è difficile immaginare strumenti più efficaci delle convenzioni internazionali al fine di pervenire ad una disciplina in cui si intende consolidare gli esiti della collaborazione e degli apporti delle varie organizzazioni internazionali e dei vari enti al riguardo interessati quanto meno nei casi in cui tale uniformità richieda, per le varie ragioni innanzi indicate, la presenza di norme «imperative» ed una allocazione dei rischi o dei costi di determinati eventi secondo criteri distributivi vincolanti soprattutto in presenza di posizioni soggettive non equilibrate.

5. *Continua: dalle convenzioni internazionali agli strumenti normativi di* soft law

Tale affermazione, peraltro, non esclude in alcun modo anche la progressiva rilevanza e il successo dell'adozione, nell'ambito delle organizzazioni volta a volta rilevanti ed a seguito della collaborazione interistituzionale innanzi indicata, di atti normalmente appartenenti alla c.d. *soft law*, proprio per la flessibilità che li caratterizza anche in funzione della consentita incidenza sulla loro disciplina di eventuali interventi derogatori o aggiuntivi da parte degli ordinamenti statali e dell'esercizio dell'autonomia privata. Anzi, in alcuni casi tali atti si prestano a fornire una disciplina dei rapporti del commercio internazionale che risulta, proprio per tale carattere, maggiormente coerente con le esigenze della pratica degli affari.

È ben vero che neppure l'autorevolezza delle organizzazioni internazionali e/o degli enti pur rappresentativi dei vari interessi al riguardo rilevanti che ne hanno approvato i contenuti possono garantire agli strumenti normativi di *soft law* ed alle relative discipline la certezza della loro operatività. Si tratta, infatti, di disciplina a prevalente carattere "dispositivo" con effetti in nessun modo paragonabili alla «prevalenza» ed alla "imperatività" che qualificano, come innanzi accennato, le normative di diritto uniforme adottate nell'ambito di convenzioni internazionali. Ma è altrettanto vero che tali regole di *soft law*, soprattutto allorché spontaneamente rilevate nella pratica da organizzazioni non governative specializzate, nello specifico settore, rappresentano, comunque, la sintesi autorevole di quanto abitualmente si verifica oltreché delle soluzioni più efficienti secondo la razionalizzazione dei relativi contenuti operata attraverso lavori condotti da esperti del settore. Come tali sono, pertanto, in grado di incidere sulle scelte degli operatori e dei giudici.

Tanto più che tali testi spesso si caratterizzano anche per il fatto di garantire una ragionevole ed equilibrata composizione degli interessi contrapposti rappresentati dalle rispettive associazioni di categoria ed in aderenza alle esigenze relative al miglior funzionamento del settore nel rispetto delle eventuali «norme imperative» di ogni ordinamento statale a vario titolo al riguardo applicabile. Almeno in tale limitato senso, quindi, esse, nella maggior parte dei casi, si prestano ad essere utilmente impiegate e rese operative con effetti assai simili a quelli che caratterizzano le norme di diritto uniforme convenzionale pur in presenza di una loro ridotta formale «imperatività» normativa. Esse, infatti, si presentano come fonti di «regole giuste del caso medio», abitualmente presenti nell'ambito dei rapporti relativi al commercio internazionale e dotate di una vera e propria "funzione ordinante", tanto da essere considerate come dotate di una valenza da cui l'interprete non può, comunque, prescindere nella valutazione dei comportamenti e nella costruzione dei contenuti relativi ai rapporti del commercio internazionale. Si può ritenere così che, in virtù di tale loro carattere, l'interprete debba, in ogni caso, porsi il problema della «compatibilità» delle eventuali deroghe ai loro contenuti, quanto meno al fine di preservare il rispetto dei valori alla base della normativa espressa dalle fonti ora indicate.

Ed è proprio in questa prospettiva che, come innanzi accennato, sono sempre più ricorrenti, nella giurisprudenza ordinaria e soprattutto in quella arbitrale, scelte interpretative delle clausole, ed in generale dei contenuti, dei vari rapporti relativi al commercio internazionale coerenti con le soluzioni adottate, o quanto meno non contraddittorie con i valori espressi, nelle corrispondenti disposizioni di strumenti internazionali di

soft law, nonostante questi ultimi siano sprovvisti di specifica portata ed effetti «imperativi» per gli Stati ed inderogabili per le parti.

Ne risulta, così, una sicura conclusione: da tali valori, proprio in quanto emersi a seguito dell'accennata intensa collaborazione interistituzionale tra organizzazioni internazionali di vario tipo, non si può prescindere nella valutazione e nell'individuazione dei contenuti normativi dei vari rapporti relativi al commercio internazionale, al di là della specifica efficacia imperativa degli atti che li incorporano. Quindi, secondo quanto ora indicato, dei risultati della cooperazione tra le varie organizzazioni interstatali e non governative, con la partecipazione dei vari enti esponenziali di specifici interessi rilevanti per il commercio internazionale, devono essere valorizzati, oltre quelli previsti nelle norme delle convenzioni di diritto uniforme, anche quelli di cui sono espressione i contenuti delle *Guidelines*, dei principi, degli standards contrattuali, delle leggi-modello e degli *International Trade Terms* in tal ambito elaborati.

In altri termini, proprio in quanto portata ed effetti dei rapporti del commercio internazionale devono essere valutati tenendo conto dell'ambiente e del sempre più variegato contesto normativo internazionale attraverso il quale si realizzano e si manifestano i risultati della cooperazione interistituzionale innanzi accennata, anche i contenuti dei vari strumenti di *soft law* entrano a far parte, a pieno titolo, di quel costruttivo «dialogue of sources» che, appunto, deve essere l'elemento caratterizzante nella valutazione e nell'applicazione degli strumenti normativi rilevanti per la disciplina dei rapporti del commercio internazionale nel nuovo millennio oltreché porsi alla base della predetta collaborazione tra le diverse organizzazioni internazionali di vario tipo.

6. *Il progressivo consolidamento di formule uniformi attraverso la collaborazione normativa tra organizzazioni internazionali di vario tipo*

La caratterizzazione nel senso precisato nei precedenti paragrafi della collaborazione tra organizzazioni internazionali di vario tipo ha condotto alla elaborazione di testi particolarmente esaustivi di tutti gli aspetti della relativa disciplina approfittando positivamente delle reciproche esperienze e dei risultati maturati nell'ambito dei vari ordinamenti statali in occasione della concreta applicazione delle varie formulazioni volta a volta adottate.

Quanto ora indicato emerge in modo particolarmente evidente a proposito di alcune disposizioni la cui formulazione è abitualmente utilizzata nell'elaborazione di qualsiasi normativa di diritto uniforme nelle

sedi di diverse organizzazioni internazionali. Tra queste, in particolare, si segnalano le disposizioni relative alla interpretazione della normativa di diritto uniforme oltreché al residuale spazio riservato alla normativa statale ed alle modalità relative alla sua applicazione.

Infatti, sia in sede UNCITRAL sia nell'ambito delle c.d. istituzioni specializzate delle N.U. (ad esempio, ILO, IMO, ICAO ecc.) sia in altre organizzazioni specificamente dedicate alla elaborazione di normative uniformi di diritto privato (ad esempio, la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato oppure l'UNIDROIT) non si ha esitazione nell'adottare quelli che, nelle varie sedi elaborative, sono stati definiti gli «standard principles of interpretation» del diritto uniforme – di origine internazionale – il cui originario modello è spesso ricondotto alla elaborata formulazione accolta nell'art. 7.1 della Convenzione del 1980 sulla vendita internazionale dei beni mobili. In essa, infatti, viene posta specifica enfasi sulle esigenze di cui tener conto al riguardo ed in particolare sul carattere internazionale del testo, da interpretare in funzione della necessità di promuoverne un'applicazione uniforme e secondo buona fede. Espressioni queste ultime che, a volte, sono state precisate in virtù di ulteriori criteri al fine di favorirne la prevedibilità. Si tratta, quindi, di parametri interpretativi tendenzialmente e progressivamente consolidati nelle varie convenzioni di diritto uniforme grazie, appunto, alla costante e reciproca interazione tra le elaborazioni normative adottate dalle varie organizzazioni internazionali.

Ed è questa circostanza che ha consentito di accomunare le varie normative di diritto uniforme nel ricondurre enti o società nel loro ambito di applicazione sulla scorta di comuni criteri alternativamente rilevanti: e cioè, la presenza nel territorio di uno Stato contraente della loro sede, del luogo della loro incorporazione oppure del «centro della loro amministrazione» o della gestione dei loro affari. Tanto che all'impiego di tali criteri si è uniformato anche il diritto dell'Unione europea. Altrettanto significativa dell'interazione delle varie elaborazioni normative adottate nell'ambito di differenti organizzazioni internazionali è la ricorrenza di comuni espressioni per definire alcuni termini particolarmente qualificanti per l'intera disciplina del diritto uniforme di uno specifico settore. Tra queste, ad esempio, le definizioni di "bene mobile" oppure di "nave" o di "aeromobile" a volte ulteriormente precisate in funzione di alcune specificità rilevanti ai fini della particolare disciplina volta a volta adottata.

Tale scambio di reciproche esperienze normative, accompagnate dall'analisi dei relativi esiti applicativi nell'ambito di comuni *Study of Working Group*, ha consentito di estendere l'area del diritto uniforme re-

lativo al commercio internazionale includendo nella sua disciplina non soltanto le tradizionali aree delle normative di diritto sostanziale, ma anche aspetti sempre più qualificanti del diritto processuale non limitati ai soli criteri di esercizio della giurisdizione ed al riconoscimento degli effetti delle sentenze straniere. Si è provveduto, infatti, ad adottare, secondo criteri redazionali sostanzialmente omogenei a molte convenzioni di diritto uniforme, regole rivolte a consentire di adottare «interim measures» con caratteristiche tali da comprendere un'ampia varietà di provvedimenti provvisori che consentono di «freeze the situation» con assoluta immediatezza di effetti posticipando, pertanto, il contraddittorio e la difesa dei soggetti che ne risultano pregiudicati, e garantendo effettività alla relativa disciplina.

La Convenzione sui c.d. «aircraft equipment» ed il relativo Protocollo costituiscono un modello particolarmente evoluto della sintesi prodotta dalla collaborazione internazionale tra ICAO e UNIDROIT allorché, tra l'altro, all'art. 13 si prevede che, nelle more della «final determination of its claims», il creditore può ottenere alcuni provvedimenti cautelari specificamente rivolti a garantire la «preservation of the object and its value», il relativo possesso e la sua custodia oltreché la sua «immobilisation» e la possibilità di «lease» o di gestire l'«object». Peraltro, oltre a specificare nel dettaglio il contenuto di tali misure, si precisa anche che esse devono essere adottate «in a commercially reasonable manner» ed eseguite secondo più precise indicazioni contenute nello stesso articolo, estensibili anche ad altre normative di diritto uniforme al fine di evitare che gli effetti delle «interim measures» in esse previste possano provocare una cessione o utilizzazione del bene oggetto di tali misure «at a gross undervalue» o, comunque, a condizioni che possano pregiudicare il debitore qualora dovesse risultare «not in default at all».

Eppure, a volte, disposizioni analogamente formulate hanno anche comportato effetti diversi in funzione delle specifiche caratteristiche delle varie normative di diritto uniforme nell'ambito delle quali sono utilizzate e destinate ad operare. Si pensi, ad esempio, alla differente portata dell'adozione delle misure ora indicate rispetto all'esercizio della giurisdizione relativa al merito della pretesa che ha provocato la misura provvisoria. In particolare, secondo la Convenzione di Bruxelles del 1952 sul sequestro di nave (e secondo quella di Ginevra del 1999), l'esercizio della giurisdizione relativa ad un provvedimento cautelare del tipo ora indicato estende la competenza giurisdizionale del giudice che l'ha adottato anche al merito della relativa pretesa quanto meno con riferimento ai crediti elencati nella predetta normativa (specificamente all'art.7). Al contrario, la citata Convenzione UNIDROIT relativa agli «aircraft equi-

pment» esclude che, di per sé, la competenza del giudice delle «interim measures» sia estesa anche al merito della controversia. Peraltro, lo scambio delle sottese esperienze e delle osservazioni al riguardo formulate nell'ambito della specifica collaborazione tra le organizzazioni internazionali che si sono occupate di tali discipline (anche se con contrastanti effetti sotto il profilo ora indicato) ha consentito, quanto meno, di apprezzare gli aspetti della comune nozione di «interim measures» e delle cautele che al riguardo devono essere adottate.

7. *Continua: in particolare, la collaborazione tra organizzazioni internazionali non intergovernative ed organizzazioni appartenenti alle N.U.*

La collaborazione di organizzazioni non intergovernative con altre organizzazioni appartenenti al sistema delle N.U. ha avuto ancora maggior rilievo nell'ambito dei rapporti tra il CMI e l'IMO a proposito della elaborazione della Convenzione CLC. Fu in tale occasione, infatti, che l'IMO (in allora IMLO) richiese specificamente «the assistance» del CMI ai fini della preparazione del testo della Convenzione da sottoporre «for consideration» al *Legal Committee* dell'IMO. Documento che venne sottoposto alla conferenza diplomatica del Novembre 1969 tenutasi a Londra, preceduta dalla *Conference* del CMI del marzo 1969. Ed è proprio a seguito di tali eventi che l'intensa collaborazione tra CMI e IMO ha consentito, da un lato, di «include servants and agents of the vessel owner in a protected status», dall'altro, di introdurre una nozione di «channelling» delle responsabilità previste dalla normativa uniforme sull'*owner* della nave secondo criteri «not found in national law» e propri di «a concept existing in International law». Infatti, proprio attraverso tale collaborazione, nonostante le iniziali differenti soluzioni proposte, emerse la comune e convergente valutazione in virtù della quale «liability was placed on the ship and liability is strict, subject to a very limited number of exceptions» aggiungendo ad essa un «new compensation scheme supplementary to the Convention available to victims and shipowners» secondo specifici e particolari criteri approvati in occasione della successiva Convenzione c.d. FUND.

Si tratta, quindi, di un esempio particolarmente significativo e proficuo di collaborazione tra una organizzazione non interstatale ed una organizzazione internazionale del sistema delle N.U., che ha maturato positive esperienze anche in occasione della elaborazione e approvazione della c.d. Salvage Convention di Londra del 1989, entrata in vigore il 14 luglio 1996 in sostituzione della corrispondente normativa della Conven-

zione di Bruxelles del 1910 a suo tempo elaborata dal CMI ed approvata nell'ambito di una Conferenza internazionale organizzata dallo Stato belga. Di quest'ultima Convenzione si è, pertanto, provveduto ad aggiornare i contenuti sulla base degli esiti della pratica internazionale e in funzione della soddisfazione delle nuove esigenze (ad esempio, di incentivare gli interventi rivolti a limitare i danni da inquinamento) emerse a seguito dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale: peraltro, il tramite e la sede della collaborazione richiesta dal CMI non è più uno Stato, ma l'IMO *Legal Committee* al quale, anche nella successiva evoluzione della normativa in esame, si fa riferimento assegnando a tale istituzione un ruolo sempre più esteso e rilevante. La modalità e l'occasione di tale iniziale collaborazione sono consistite in uno scambio di lettere in virtù delle quali nel maggio 1979 il CMI «offered its cooperation in the study of some of [the] subjects included in the work programme [of the IMO]». Offerta che venne accolta dal *Legal Committee* nella successiva sessione di giugno dello stesso anno esprimendo formalmente «its approval and gratitude for the proposal».

Nell'ambito di tale collaborazione è da segnalare, come già accennato, che è stato lo stesso CMI ad elaborare il testo della Convenzione sottoposto al *Legal Committee* e ad evidenziare l'esigenza di garantire la presenza di adeguate disposizioni a carattere imperativo (quali, ad esempio, gli artt. 1, 4 e 5) anche se «it was considered necessary to allow the parties to depart from a few provisions». Ed è proprio tale testo che ricevette una «general acceptance» in ambito IMO a seguito della quale, con alcune precisazioni e/o modifiche, il testo fu presentato alla conferenza diplomatica di Londra. Di tale collaborazione e dei suoi positivi risultati vi è ripetuta menzione negli atti ufficiali dell'IMO, in cui tra l'altro se ne precisano anche le modalità essendo stato riconosciuto al CMI ed alla «its own expertise … to review the private law principles of salvage» senza comprendere nelle attribuzioni ad esso affidate la elaborazione normativa relativa ai problemi «of coastal State intervention or the control of the salvage operations by public authorities» riservata alla competenza dell'IMO.

Quindi, pur in presenza di una collaborazione ben definita, non si è ritenuto di istituzionalizzarla rispetto a modalità o criteri ulteriori rispetto a quelli innanzi indicati. D'altronde, da una più strutturata collaborazione tra organizzazioni internazionali non necessariamente seguono più significativi risultati. Per limitarci a un esempio che riguarda la collaborazione tra organizzazioni non governative, si pensi all'accordo tra il CMI e la CCI rivolto a «establish rules specially suited for maritime disputes» nell'ambito di una vera e propria istituzione denominata *International*

Maritime Arbitration Organization (IMAO). Nonostante tale accordo fosse molto strutturato e con effetti diretti nei confronti della potenziale utenza con specifico riguardo alle modalità di svolgimento delle procedure arbitrali, il risultato di tale collaborazione si è rivelato assai deludente. Tanto che dopo vent'anni già si osservava che l'istituzione dell'IMAO «was seen by some as negative» e si decise che le «IMAO rules go to sleep» e, di recente (nel 2013), che l'accordo di collaborazione e la relativa struttura «should be disbounded».

Comunque, varie forme di collaborazione sono presenti nell'ambito di quelle intervenute tra altre organizzazioni internazionali, se pur secondo modalità sempre meno incisive nella elaborazione dei testi normativi. Ad esempio, in ambito UNCITRAL, lo stesso CMI è stato coinvolto quale «International organization representing the commercial sectors involved in the carriage of goods by sea» alla stessa stregua di altre associazioni quali, ad esempio, quella dei «Freight Forwarders» o dei «Ports and Harbors»: quindi, associazioni internazionali di categoria. Pure, in altre varie sedi, si dà atto dell'intensa, proficua e particolare collaborazione tra CMI ed il Segretario Generale dell'UNCITRAL con specifico riguardo all'elaborazione della nuova normativa sul trasporto marittimo, tenendo conto soprattutto della specifica *expertise* del CMI «covering different legal systems» e non già, come originariamente rappresentato, quale organizzazione rappresentativa di interessi settoriali. Di tali circostanze si è dato specificamente atto nel *colloquium* del 2000 organizzato congiuntamente dall'UNCITRAL e dal CMI per raccogliere idee e soluzioni relativamente alla elaborazione della nuova disciplina sul trasporto marittimo attualmente confluita nell'ambito delle c.d. Regole di Rotterdam. Anche in tale occasione, comunque, la formale partecipazione del CMI ai relativi lavori è avvenuta su specifico «invito» e nella qualità di «observer» alla stessa stregua di alcune organizzazioni delle N.U. (ad esempio UNCTAD) e di altre *International non-governamental organizations*.

Sempre a proposito dell'esperienza di collaborazione del CMI con le varie organizzazioni internazionali interessate ad elaborare ed adottare normative di diritto uniforme nel settore marittimo e dei trasporti, si deve, infine, osservare che, anche nelle occasioni in cui si desiderava evidenziare «discontinuità» con il passato in merito al rilievo da assegnare alle «draft conventions developed by the CMI»(come, ad esempio, è avvenuto in occasione della Conferenza di Lisbona del CMI del 1985 da parte dell'IMO e dell'UNCTAD), ci si preoccupava di precisare che nell'elaborazione della normativa uniforme si considerava, comunque, estremamente importante utilizzare l'esperienza e le specifiche compe-

tenze del CMI. Tanto che si affermava che IMO e UNCTAD «will therefore welcome, and be greatly assisted by, any contribution which the CMI may find possible and appropriate to the relevant intergovernmental bodies at the various stages of their work». Ed in tale prospettiva si autorizzava espressamente il CMI «to make suggestions whenever appropriate». Anzi, quanto ora indicato venne addirittura formalmente approvato in una specie di *Memorandum of Understanding* il cui contenuto è successivamente ripreso in un «Joint Statement» formalmente approvato dalla Assemblea del CMI tenutasi in occasione dell'accennata Conferenza di Lisbona del luglio 1985.

8. *Continua: le modalità di collaborazione tra organizzazioni intergovernative. Alcuni esempi*

Si conferma, quindi, la informalità tendenziale della partecipazione delle organizzazioni non governative alla elaborazione della normativa di diritto uniforme in occasione dei procedimenti formativi di tale disciplina nell'ambito delle varie organizzazioni internazionali in cui si sono svolti. Tanto che spesso la loro partecipazione è avvenuta attraverso specifici contributi in «Gruppi di lavoro» con un'effettiva incidenza nella formazione dei testi più o meno accentuata in virtù della specifica formalizzazione di tale loro partecipazione a volte qualificata soltanto in virtù della generica attribuzione di «observers» senza diritto di voto anche nei casi in cui venivano discussi documenti o vere e proprie proposte da parte loro elaborate.

Secondo analoghe caratteristiche e qualificazioni è intervenuta anche la cooperazione tra organizzazioni internazionali di tipo intergovernativo come ad esempio si è verificato a proposito della collaborazione tra UNIDROIT e ICAO in occasione della elaborazione del Protocollo alla Convenzione di Cape Town relativo agli «aircraft equipments».

Tale modello, d'altronde, è stato impiegato anche in molte altre occasioni, di cui all'allegato documento: una organizzazione internazionale predispone un iniziale documento che viene successivamente finalizzato ed approvato nell'ambito di un'altra organizzazione internazionale. Più specificamente, ad esso si è pure ispirata la collaborazione dell'UNIDROIT con le altre due organizzazioni internazionali con le quali intrattiene più intensi rapporti: e cioè, l'UNCITRAL e la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato. Esse, infatti, partecipano reciprocamente ai loro incontri istituzionali in qualità di «observers» ed almeno una volta all'anno i loro Segretari Generali si incontrano allo specifico fine di

coordinare i lavori delle organizzazioni di appartenenza evitando sovrapposizioni e favorendo la collaborazione nelle rispettive aree di competenza. Anzi, ancora di recente, le tre organizzazioni ora indicate non hanno avuto esitazioni a «emphasize their cooperation with particular regard to the areas of intersection of the three organizations».

In particolare, ad esempio, è stato specialmente in occasione dell'approvazione delle Convenzioni sul *leasing* e sul *factoring* del 1988 che l'esigenza di intensificare la collaborazione con la Conferenza dell'Aja di diritto internazionale privato venne soprattutto avvertita, con particolari effetti positivi, anche in occasione dell'elaborazione ed adozione dell'innanzi citato Protocollo relativo agli «aircraft equipments» oltreché della Convenzione del 1995 sulla tutela dei beni culturali e dei lavori relativi alla disciplina delle *Intermediates Securities*. A seguito di questa intensa e costruttiva collaborazione non si comprendono, quindi, le ragioni che non hanno consentito analoghi rapporti con pari caratteristiche a proposito dell'elaborazione da parte dell'UNIDROIT dei c.d. *Principles of Transnational Civil Procedure* anche se, di recente, il Segretario Generale della Conferenza dell'Aja ne ha riconosciuto l'importanza e gli effetti, attribuendo loro la qualificazione di «global standard» e ponendo in rilievo l'esigenza di garantire reciproca «mutual assistance» tra tali principi e quelli relativi ai c.d. «non binding principles on applicable law» oggetto dei lavori della Conferenza dell'Aja.

Tanto più che, proprio a quest'ultimo proposito, si segnala anche la piena condivisione da parte dell'UNCITRAL dell'attività e dei risultati cui è pervenuto l'UNIDROIT. Infatti, ad esempio, in occasione dei lavori del 2013 del *Governing Council* dell'UNIDROIT, il Segretario Generale dell'UNCITRAL non ha avuto esitazione nel «reiterare l'assoluta condivisione sia del testo degli *Unidroit Principles on International Commercial Contracts* sia dell'opportunità che essi possano essere impiegati dalle parti contraenti quale strumento di integrazione ed interpretazione della Convenzione di Vienna sulla vendita di cose mobili del 1980». Anzi, a quest'ultimo proposito, si è anche dato atto che non sempre i principi ispiratori della Convenzione di Vienna e degli *Unidroit Principles* coincidono e che, in tal caso, i primi debbano prevalere sui secondi nella interpretazione della Convenzione di Vienna, salvo espressa deroga nei limiti ed alle condizioni previsti dall'art. 7.2 della stessa Convenzione di Vienna. Infatti, in tal senso, in sede UNIDROIT, è stata formulata una specifica precisazione adesiva a tale interpretazione in occasione del chiarimento relativo alla portata delle clausole modello proposte per l'impiego degli *Unidroit Principles* in concorso con quelli della Convenzione di Vienna, convergendo nelle relative valutazioni dell'UNCITRAL

i cui contenuti sono stati ripresi anche in occasione del rapporto all'assemblea della N.U. del 2013.

9. *Considerazioni conclusive: l'emersione di principi propri del diritto uniforme attraverso la collaborazione interistituzionale*

Emerge, quindi, da quanto indicato l'importanza della collaborazione tra organizzazioni internazionali interessate all'elaborazione ed approvazione dei testi di diritto del commercio internazionale sia che si tratti di atti di *hard law* sia che i relativi atti presentino i caratteri di *soft law*. Questa collaborazione, infatti, ha consentito di favorire la coerenza di tali normative evitando che tra esse si possano formare «conflitti» e/o «*gaps*» applicativi. Ed in particolare tale collaborazione si è manifestata particolarmente efficace allorché è risultata estesa anche alle organizzazioni non intergovernative.

Tale estensione, infatti, ha consentito di riscontrare concretamente, sulla base delle esperienze volta a volta vissute, la funzionalità reale delle varie formule normative proposte per l'elaborazione dei vari strumenti normativi relativi al diritto internazionale privato e al diritto del commercio internazionale. Di tali strumenti è stata, così, possibile un'analisi razionale anche attraverso un'attenta riflessione teorica che, al di là della portata letterale delle disposizioni desumibili dai testi normativi, ha consentito di individuare il loro significato e la loro autentica portata da parametrare al tipo di rapporto in funzione della cui disciplina si intendeva utilizzarli.

Si è trattato, pertanto, di andare oltre le semplici considerazioni desumibili dalla valutazione dei testi normativi e della relativa pratica applicativa riscontrandone la funzionalità rispetto ai dati fenomenici della vita delle relazioni economiche internazionali ed alla loro evoluzione. Emerge infatti ormai chiaramente l'affermarsi di principi che risentono dell'esigenza di riportare la normativa di diritto uniforme, soprattutto nel settore del diritto commercio internazionale e del diritto internazionale privato, entro formule proprie di un vero e proprio sistema unitario, il cui concreto impiego possa essere opportunamente utilizzato nella sede più opportuna: e cioè, soprattutto da parte della specifica organizzazione internazionale preposta a promuovere la disciplina internazionale di un determinato settore con la collaborazione delle altre organizzazioni intergovernative e non-governative, ma anche da parte dei giudici in occasione della interpretazione ed applicazione delle varie normative di diritto uniforme.

CAT.	ORGANISATION	DATE AGREE-MENT	PROJECTS PARTICIPATED IN		RECIPROCATED IN
FORMAL AGREEMENTS					
IGO	Asian-African Legal Consultative Committee (later: Asian-African Legal Consultative Organization)	17.9.1963	• Cultural Property	For many years UNIDROIT was present at their annual meetings	
IGO	Asociación Latinoamericana de Libre Comercio	13.7.1972			
IGO	CMEA (Consiglio di Mutua Assistenza Economica, Mosca)	7.7.1975	• Agency		
IGO	CNUCED/ UNCTAD	4.9.1969	• Leasing, • Factoring, • Agency		
IGO	Commission of the European Communities	30.7.1959	• Warehousing contracts, • Leasing, • Factoring, • Cultural Property, • Intermediated Securities, • Security interests (space), • Security interest (rail), • Security interests (air)		
IGO	Commonwealth Secretariat	4.4.1979	• Cultural property		
IGO	Council of Europe	12.1.1954	• Wills, • Leasing, • Factoring, • Cultural Property	Before UNIDROIT started to finalise	• 1955 European Convention on Establishment

IGO = Intergovernmental organisation; NGO = Non-governmental organisation; NI = National Institute (or organisation); PA = Professional Association; PS = Private sector

CAT.	ORGANISATION	DATE AGREEMENT	PROJECTS PARTICIPATED IN		RECIPROCATED IN
				the instruments it was working on (essentially up to 1988). UNIDROIT would send drafts on to other organisations for finalisation and adoption	• 1959 European Convention on Compulsory Insurance against Civil Liability in respect of Motor Vehicles • 1962 European Convention on the Liability of Hotel-keepers concerning the Property of their Guests
IGO	FAO (cet accord est dépourvu d'effet)	6.7.1955	• Private law & Agriculture, • Contract Farming		
IGO	International Labour Organization (ILO)	20.3.1952	• CRTD		
IGO	International Maritime Organization (IMO)	18.3.1970	• CRTD		
IGO	OECD – Memorandum of agreement in respect of delivering periodical data from the co-ordination system	2.4.2012	• Administration		
IGO	OECD – Memorandum of agreement in respect of designing a pension scheme	9.7.2013	• Administration		
IGO	Organization of American States (OAS)	5.8.1972	• Warehousing contracts,		

CAT.	ORGANISATION	DATE AGREE-MENT	PROJECTS PARTICIPATED IN		RECIPROCATED IN
			• Leasing, • Factoring, • CRTD		
IGO	Parlacen	6.10.1997			
IGO	UNESCO	12.1.1954	• Cultural property		• 1954 Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict
IGO	United Nations	3.7.1958			
NGO	European Center for Peace and Development	29.1.2001			
NGO	IDIT Institut du droit international des transports	10.2.2012		In 2012 IDIT took over the section on the CMR of the UNILAW database	
NGO	Latin-American Integration Association (ALADI)	10.5.2006			
NGO	Union internationale des Avocats (UIA)	21.4.1992	• Franchising, • Intermediated Securities		
NGO	Union Internationale du Notariat Latin (UINL)	21.1.1991	• Cultural Property, • Intermediated Securities • Security interests (air)		
NI	American Bar Association, Section of International Law and Practice (ABA)	12.2.1997			

CAT.	ORGANISATION	DATE AGREE-MENT	PROJECTS PARTICIPATED IN		RECIPROCATED IN
NI	Consiglio Nazionale delle Ricerche (CNR)	1.3.2004	• Creation of the Centro di ricerche e studi di diritto comparato e straniero		
NI	Fundación Universitaria de Las Palmas	24.4.1997			
NI	National Autonomous University of Mexico	6.11.2000			
NI	Sukhothai Thammathirat Open University (Thailand)	9.9.2010			
NI	The Russian Federation Chamber of Commerce and Industry	10.4.1995			
NI	TLBU Graduate School of Law	23.6.2011			
PA	World Farmers' Organization – Memorandum of Understanding	7.12.2012	• Contract Farming		
INFORMAL RELATIONS					
IGO	African Civil Aviation Commission (AFCAC)		• Security interests (air)		
IGO	Bank for International Settlements		• Intermediated Securities, • Netting		
IGO	Bank for International Settlements (BIS)		• Intermediated Securities, • Netting		

CAT.	ORGANISATION	DATE AGREE-MENT	PROJECTS PARTICIPATED IN		RECIPROCATED IN
IGO	Central Commission for the Navigation of the Rhine (CCNR)		• CRTD		
IGO	Council of the European Communities		• Cultural Property, • Security interests (space), • Security interests (rail)		
IGO	EFTA		• Agency		
IGO	European Bank for Reconstruction and Development		• Netting • Security interests (air)		
IGO	European Central Bank (ECB)		• Intermediated Securities, • Netting		
IGO	European Investment Bank		• Security interests (rail)		
IGO	European Organisation for the Safety of Air Navigation (EUROCONTROL)		• GNSS, • Security interests (air)		
IGO	European Space Agency		• GNSS, • Security interests (space) • Security interests (air)		
IGO	European Union		• Intermediated Securities, • Netting		
IGO	ICAO		• Security interests		
IGO	IDLO		• Scholarships, • Social business,	Participate in courses organized by IDLO on franchising	

CAT.	ORGANISATION	DATE AGREE-MENT	PROJECTS PARTICIPATED IN		RECIPROCATED IN
IGO	International Centre for the Study of the Preservation and the Resto-ration of Cultural Property (ICCROM)		• Cultural Property		
IGO	International Civil Aviation Organization		• Security inte-rests (space) • Security inte-rests (air)		
IGO	International Finance Corporation		• Private law & agriculture		
IGO	International Fund for Agricultural Development (IFAD)		• Contract Farming		
IGO	International Mobile Satellite Organization		• Security inte-rests (space), • Security interests (air)		
IGO	International Mobile Satellite Organization		• Security inte-rests (space)		
IGO	International Monetary Fund (IMF)		• Intermediated Securities, • Netting		
IGO	International Telecommuni-cation Union		• GNSS, • Security inte-rests (space)		
IGO	International Trade Centre (UNCTAD-GATT)		• Agency		
IGO	INTERPOL		• Cultural property		
IGO	OCTI / OTIF		• Warehousing contracts, • CRTD,		

CAT.	ORGANISATION	DATE AGREE-MENT	PROJECTS PARTICIPATED IN		RECIPROCATED IN
			• Security interests (Space), • Security interests (rail), • Security interests (air)		
IGO	OECD		• CRTD		
IGO	OHADA		• Principles, • Scholarships		Through Marcel Fontaine, draft Uniform Act on Contract Law based on the Principles
IGO	Southern African Development Community		• Security interests (rail)		
IGO	Technical Centre for Agricultural and Rural Co-operation (CTA) (ACP-EU Cotonou Agreement)		• Contract Farming		
IGO	The Hague Conference on Private Law and Development		• Security interests, • Cultural property, • Capital markets, • Wills, • Leasing, • Factoring, • Agency, • Intermediated Securities, • Netting, • Security interests (rail), • Security interests (air)	Reciprocal invitations, co ordination meetings of Secretaries General	• Participation in the preparation of the Hague Principles on Choice of Law in International Contracts • 1958 Convention concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children

CAT.	ORGANISATION	DATE AGREE-MENT	PROJECTS PARTICIPATED IN		RECIPROCATED IN
IGO	UN ECE		• Agency, • CRTD		• 1956 Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road (CMR) • Protocol No.1 concerning the Rights in rem in Inland Navigation Vessels and • Protocol No. 2 concerning Attachment and Forced Sale of Inland Navigation Vessels annexed to the 1965 Convention on the Registration of Inland Navigation Vessels
IGO	UNCITRAL		• Security interests, • Leasing, • Factoring, • Intermediated Securities, • Netting, • Private law & agriculture, • Security interests (Space) • Security interests (air) • Principles	Reciprocal invitations, co-ordination meetings of Secretaries General	• United Nations Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade (Vienna, 1991)
IGO	United Nations Office for Outer Space Affairs		• Security interests (space), • Security interests (air)		
IGO	World Bank		• Leasing,		

CAT.	ORGANISATION	DATE AGREE-MENT	PROJECTS PARTICIPATED IN		RECIPROCATED IN
			• Factoring, • Netting, • Contract Farming, • Security interests (rail)		
IGO	World Food Programme (WFP)		• Contract Farming		
NGO	Airlines Association of Southern Africa		• Security interests (air)		
NGO	Asia-Pacific CSD Group (ACG)		• Intermediated Securities, • Netting		
NGO	Asociación Americana de Derecho International Privado (ASADIP)		• Intermediated Securities		
NGO	Association internationale des jeunes avocats (AIJA)		• Intermediated Securities, • Security interests (space)		
NGO	Association of American Railroads (AAR)		• Security interests (rail)		
NGO	Association of Global Custodians (AGC)		• Intermediated Securities		
NGO	Aviation Working Group (AWG)		• Security interests (space), • Security interests (rail), • Security interests (air), • Private law & agriculture		
NGO	CCP12		• Intermediated Securities		

CAT.	ORGANISATION	DATE AGREEMENT	PROJECTS PARTICIPATED IN		RECIPROCATED IN
NGO	Comité maritime international (CMI)		• Warehousing contracts, • Leasing, • Factoring, • CRTD	Opposition from the CMI as to a possible Protocol to Cape Town on Ships	
NGO	Commercial Finance Association (CFA)		• Intermediated Securities		
NGO	European Association of CCP Clearing Houses		• Netting		
NGO	European Banking Federation (EBF) (Banking Federation of the European Union)		• Intermediated Securities, • Security interests (air)		
NGO	European Central Securities Depositories Association (ECSDA)		• Intermediated Securities, • Netting		
NGO	European Centre for Space Law		• Security interests (space)		
NGO	European Company for the Financing of Railroad Rolling Stock		• Security interests (rail)		
NGO	European Council of Chemical Manufacturers' Federation		• CRTD		
NGO	European Federation of Leasing Company Associations		• Security interests (space)		

CAT.	ORGANISATION	DATE AGREE-MENT	PROJECTS PARTICIPATED IN		RECIPROCATED IN
NGO	European Financial Markets Lawyers Group (EFMLG)		• Netting		
NGO	European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions		• CRTD		
NGO	European Insurance Committee (EUI)		• CRTD		
NGO	European Law Institute (ELI)		• Transnational civil procedure	Exchange of letters, possible future written agreement	
NGO	European Legal Studies Institute		• Principles		
NGO	European Satellite Operators Association		• Security interests (space)		
NGO	European Space Policy Institute		• GNSS		
NGO	EUROPEANISSUERS		• Intermediated Securities		
NGO	Federacción Iberoamericana de Franquicias (FIAF)		• Franchising		
NGO	FIATA		• Warehousing contracts		
NGO	IATA		• Security interests • GNSS, • Security interests (air)		
NGO	ICC		• CRTD, • Franchising		
NGO	ICC International Court of Arbitration		• Principles		

CAT.	ORGANISATION	DATE AGREEMENT	PROJECTS PARTICIPATED IN		RECIPROCATED IN
NGO	International Association for Insurance Law		• CRTD		
NGO	International Association of Insurance and Reinsurance intermediaries		• CRTD		
NGO	International Association of Ports and Harbours		• Warehousing contracts		
NGO	International Association of Restructuring, Insolvency & Bankruptcy Professionals (INSOL INTERNATIONAL)		• Netting • Security interests (air)		
NGO	International Astronautical Federation		• Security interests (space)		
NGO	International Banking Federation (IBFED)		• Netting		
NGO	International Bar Association (IBA) (various Committees)		• Franchising, • Security interests, • Principles, • Cultural property, • Intermediated Securities, • Security interests (space) • Security interests (air)	In addition to the IBA participating in our Committees, we organized sessions of the IBA committees on our instruments together	
NGO	International Council of Museums		• Cultural Property	UNIDROIT participates in the ICOM Observatory Illicit Traffic	

CAT.	ORGANISATION	DATE AGREE-MENT	PROJECTS PARTICIPATED IN		RECIPROCATED IN
NGO	International Cultural Property Society		• Cultural property		
NGO	International Institute of Space Law		• Security interests (space)		
NGO	International Law Association (ILA)		• Warehousing contracts, • Security interests (space) • Security interests (air)		
NGO	International Organization of Securities Commissions (IOSCO)		• Intermediated Securities		
NGO	International Rail Transport Committee (CIT)		• Security interests (rail)		
NGO	International Swaps and Derivatives Association Inc. (ISDA)		• Intermediated Securities, • Netting		
NGO	International Union for Inland Navigation (UINF)		• CRTD		
NGO	International Union of Combined Road-Rail Transport Companies		• Security interests (rail)		
NGO	International Union of Notaries (UINL)		• Intermediated Securities, • Private law & agriculture		
NGO	International Union of Private Railway Wagons		• Security interests (rail) • Security interests (air)		
NGO	International Union of Railways (UIC)		• Security interests (rail) • Security interests (air)		

CAT.	ORGANISATION	DATE AGREE-MENT	PROJECTS PARTICIPATED IN		RECIPROCATED IN
NGO	IRU		• Warehousing contracts, • CRTD		
NGO	Rail Working Group		• Security interests (space), • Security interests (rail) • Security interests (air)		
NGO	Royal Institute of Navigation		• GNSS		
NGO	Space Working Group		• Security interests (space), • Security interests (air)		
NGO	Trade Association for the Emerging Markets (EMTA)		• Intermediated Securities, • Netting		
NGO	Union of European Railway Industries (UNIFE)		• Security interests (rail)		
NI	American Arbitration Association		• Principles		
NI	American Law Institute		• Transnational Rules of Civil • Procedure		
NI	Arbitration Court of the Hungarian Chamber of Commerce and Industry		• Principles		
NI	Brazilian Branch of the International Law Association		• Principles		
NI	Canadian Space Agency		• GNSS		
NI	Centre du droit de l'art / Art Law Centre		• Cultural Property		

CAT.	ORGANISATION	DATE AGREE-MENT	PROJECTS PARTICIPATED IN		RECIPROCATED IN
NI	Centre for the Economic Analysis of Law		• Security interests (air)		
NI	China International Economic and Trade Arbitration Commission		• Principles		
NI	Emirates International Law Center		• Principles		
NI	Finmeccanica		• GNSS		
NI	German Space Agency		• GNSS, • Security interests (space)		
NI	Institute for Transnational Arbitration of the Center for American and International Law		• Principles		
NI	International Food for Agricultural Development		• Private law & agriculture		
NI	London Court of International Arbitration		• Principles		
NI	Milan National and International Arbitration Chamber		• Principles		
NI	NIS GLONASS		• GNSS		
NI	Private International Law Group, American Society of International Law		• Principles		
NI	Swiss Arbitration Association		• Principles		
PA	Bayer Prayas Rural Development Association		• Contract Farming		

PA	European Franchise Federation (EFF)		• Franchising		
PA	Factors Chain International		• Factoring		
PA	Fédération Française des Entrepôts et des Magasins Généraux agréés par l'Etat		• Warehousing contracts		
PA	International Association of Dealers in Ancient Art		• Cultural property		
PA	International Franchise Association (IFA)		• Franchising		
PA	IUMI		• Warehousing contracts		
PA	Leaseurope		• Leasing		
PA	World Franchise Council		• Franchising		
PA	World Leasing Council		• Leasing		
PS	EADS Astrium		• GNSS, • Security interests (space)		
PS	European Aeronautic Defence & Space Company (EADS)		• Security interests (air)		
PS	Eutelsat Communications		• Security interests (space)		
PS	International Chamber of Shipping (ICS)		• GNSS		
PS	International nion of Aerospace Insurers (IUA)		• GNSS		
PS	Marsh S.A.		• GNSS, • Security interests (space)		
PS	P&I Clubs		• GNSS		
PS	SES Astra S.A.		• GNSS		
PS	Thales Alenia Space		• GNSS, • Security interests (space)		

LA CONTRIBUTION DE LA LIGUE ARABE A L'ELABORATION D'UN DROIT REGIONAL EFFECTIF DES INVESTISSEMENTS

Walid BEN HAMIDA*

SOMMAIRE : 1. L'innovation substantielle. – 2. L'innovation procédurale. – 3. Conclusions.

La Ligue des États Arabes est l'une des plus anciennes organisations internationales. Elle a été établie avant les Nations Unies, mais encore ; elle est antérieure à toutes les organisations européennes ou afro-asiatiques. L'organisation panarabe a été créée depuis le 22 mars 1945, par l'Egypte, le Liban, l'Arabie Saoudite, la Syrie, la Jordanie, l'Irak et le Yémen, à l'instigation du Royaume-Uni, pour contrer l'influence de l'Empire ottoman[1].

L'idée a été de créer une association souple entre les pays arabes dans le respect de la souveraineté et de l'indépendance de chaque État. Les projets visant une fédération ont été abandonnés. L'article 2 du pacte constitutif de la Ligue du 22 mars 1945 prévoit que: « La Ligue a pour objet le resserrement des rapports entre États membres et la coordination de leur action politique en vue de réaliser une collaboration étroite entre eux, de sauvegarder leur indépendance et leur souveraineté et de s'intéresser d'une manière générale aux questions touchant les pays arabes et leurs intérêts ». Il en découle que l'objectif premier de la Ligue est d'établir une coopération politique destinée à consolider les relations entre les États membres, à coordonner leurs politiques pour défendre leurs intérêts tout en préservant leur indépendance. L'article 2, après

* Maître de conférences, Université d'Evry et Sciences Po, Paris.

[1] Sur la Ligue Arabe, S. DJAMAL, *La Ligue des États arabes : structures et fonctionnement*, Thèse de doctorat, Droit, Montpellier I, 1991, *Le Système régional arabe*, sous la direction de M. FLORY et P. SATEH AGATE, Paris, Ed. du Centre national de la recherche scientifique, 1989, H. BEN SALEM, *La ligue des États arabes organisation régionale a vocation internationale*, Thèse, Droit public, Paris 11, 1984, B. BOUTROS-GHALI, La Ligue des États arabes, *Recueil des Cours de la Haye*, t. 137, 1972, p. 1-81, B. BOUTROS-GHALI, *La crise de la Ligue Arabe*, in *Annuaire français de droit international*, 1968. p. 87-137 et S. G. ZAMZAMI, *The origins of the League of the Arab States and its activities within the member states: 1942-1970,* Proefschrift Claremont Graduate School 1978.

avoir mentionné le principe de la coopération politique, ajoute que la Ligue « a également pour but d'assurer, dans le cadre du régime respectif et de la situation de chaque État, une coopération étroite entre les États membres dans les questions suivantes: questions économiques et financières, communications, questions sociales et sanitaires ». Chaque État a droit à une voix, et il participe à tous les organes directeurs de la Ligue sur un pied d'égalité totale. Les décisions sont prises toujours à l'unanimité, sauf dans des cas spécifiés ou la majorité des deux tiers ou absolue est requise.

La Ligue Arabe a joué un rôle important dans l'harmonisation des droits de ses 22 États membres[2]. L'instrument utilisé pour réaliser cette harmonisation est la conclusion de conventions internationales entre membres. Ces conventions, qui ne s'imposent qu'aux États qui acceptent de les signer et de les ratifier, ont été conclues dans plusieurs domaines parmi lesquelles on peut citer :

En matière de droit international privée : la Convention de Riyad sur la coopération judiciaire qui prévoit, entre autres, des règles relatives à l'accueil des jugements étrangers et des sentences arbitrales dans les pays arabes. Conclue le 6 avril 1983, cette convention est entrée en vigueur le 30 octobre 1985. Elle a été ratifiée par 18 pays arabes[3].

En matière de lutte contre la corruption, on cite l'accord du 21 décembre 2010, ratifié par 8 États arabes et entrée en vigueur le 29 juin 2013[4].

En matière de protection des droits de l'homme, on peut mentionner la Charte arabe des droits de l'homme adoptée le 23 mai 2004 et ratifiée par 14 pays arabes[5]. La Charte est entrée en vigueur le 15 janvier 2008. Elle garantit, entre autres, le droit à la vie (tout en autorisant la peine de mort dans des situations exceptionnelles), l'égalité devant la loi et devant le juge, le procès équitable, le respect de la vie privée et le droit de la propriété. La Charte a été critiquée par certaines ONG en raison de la

[2] Aux sept membres fondateurs de La Ligue Arabe (l'Arabie Saoudite, l'Égypte, l'Irak, le Liban, la Syrie, le Yémen et la Transjordanie (l'actuelle Jordanie), se sont ajoutés la Libye en 1953, le Soudan en 1956, la Tunisie et le Maroc en 1958, le Koweït en 1961, l'Algérie en 1962, les Émirats Arabes Unis, le Bahreïn, le Qatar et Oman en 1971, la Mauritanie en 1973, la Somalie en 1974, la Palestine en 1976, Djibouti en 1977 et les Comores en 1993.

[3] Voir une version en français de cette convention sur le site http://www.mjustice.dz/html/conventions_judic_fr/conv_ar-ryad_entraid_jud.pdf.

[4] Voir une version en français de cette convention sur le site http://www.joradp.dz/FTP/jo-francais/2014/F2014054.pdf.

[5] Voir une version en français de cette convention sur le site http://www.joradp.dz/FTP/jo-francais/2006/F2006008.pdf.

formulation ambigüe de certains droits. Ainsi, l'article 3 (3) prévoit l'égalité de l'homme et la femme « sur le plan de la dignité humaine, des droits et des devoirs dans le cadre de la discrimination positive instituée au profit de la femme par la *charia islamique* et les autres lois divines et par les législations et les instruments internationaux ». De même, certains droits ne sont accordés qu'aux nationaux à l'exclusion des étrangers[6]. Ainsi en va-t-il du droit au travail (article 34), de la sécurité sociale (article 36) ou de la liberté de réunion (article 24). Bien que le droit international autorise des distinctions justifiées et proportionnées en fonction du statut de la personne, cela ne peut concerner les droits qui sont universels. On note enfin que la Charte ne prévoit pas de système de contrôle autonome. Il appartient à chaque État de créer une procédure efficace pour protéger les droits reconnus[7]. La Charte prévoit simplement l'instauration d'une Commission arabe des droits de l'homme. Chaque pays doit présenter un rapport sur les mesures adoptées pour garantir le respect des droits prévus. La Commission étudie le rapport et formule des recommandations à l'État membre[8]. Le 7 septembre 2014, les ministres des affaires étrangères de la Ligue Arabe ont décidé de créer une Cour arabe des droits de l'homme siégeant à Bahreïn et ont adopté son statut. Le statut, qui nécessite 7 ratifications pour son entré en vigueur, a été, lui aussi, critiqué, car il subordonne l'accès à des conditions déraisonnables. Les garanties d'indépendance et de neutralité des juges de la cour ont été jugées insuffisantes. Il a été, enfin, souligné que la création de cette cour serait incomplète tant que les droits substantiels prévus dans la Charte arabe restent en en deçà des standards internationaux[9].

En matière d'investissement étranger, pour favoriser la coopération économique, plusieurs conventions régionales ont été adoptées sous les auspices de la Ligue Arabe. Il y a, tout d'abord, la Convention du 16 décembre 1970 qui a établi la Compagnie Inter-arabe de Garantie des

[6] Les étrangers représentent 80% de la population de Qatar, du Koweït, des Émirats arabes Unis, 50% au Bahreïn et 35% en Arabie Saoudite.

[7] Article 23.

[8] Sur la Charte, voir A. MAHIOU, *La Charte arabe des droits de l'homme*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Thierry*, Paris, 1998, p. 305 et s., M. RISHMAWI, *The Revised Arab Charter on Human Rights: A Step Forward?*, in *Human Rights Law Review*, 2005, p. 361 et s., M. RISHMAWI, *The League of Arab States and Human Rights*, in *Routledge Handbook of International Human Rights Law*, 2013, p. 483 et s.

[9] Voir notamment, Human Rights Watch*, Proposed Arab Court of Human Rights: An Empty Vessel Without Substantial Changes to the Draft Statute*, June 6, 2014, http://www.hrw.org/news/2014/06/06/proposed-arab-court-human-rights-empty-vessel-without-substantial-changes-draft-stat.

Investissements (CIAGI) qui accorde, à l'instar de l'Agence Multilatérale de Garantie des investissements, aux investisseurs arabes une assurance contre les risques politiques[10]. Il y a, ensuite, la Convention de Damas du 29 août 1970 sur l'investissement et la circulation du capital arabe qui contient certaines règles protectrices de l'investissement[11]. Il y a aussi, l'Accord sur le règlement des litiges en matière d'investissement entre État hôte d'investissements arabes et les ressortissants d'autres États arabes[12]. Inspiré de la Convention CIRDI, cet accord de 1974 établit un mécanisme de conciliation et d'arbitrage pour régler les litiges relatifs aux investissements. Il y a enfin, les deux conventions conclues en 2000, sous les auspices du Conseil arabe de l'Unité économique[13]. La première est la convention relative à la promotion et la protection des investissements et la circulation des capitaux entre États arabes du 7 juin 2000, qui a été ratifiée par la Jordanie, le Soudan, l'Irak, la Libye et l'Egypte[14]. La seconde est la Convention relative au règlement des litiges relatifs à l'investissement dans les pays arabes conclue le 7 décembre 2000 et ratifiée par la Jordanie, l'Irak, la Libye et l'Egypt[15].

Cependant, c'est la Convention unifiée pour l'investissement des capitaux arabes dans les pays arabe, adoptée lors du 11éme sommet de la Ligue à Amman le 25 novembre 1980, qui retient l'attention[16]. La Convention unifiée s'applique aux investissements effectués par un

[10] F. HORCHANI, *La Compagnie Inter-arabe de Garantie des Investissements*, Thèse de 3éme cycle de Dijon, 1980 et I. SHIHATA, *Arab Investment Guarantee Corporation — A Regional Investment Insurance Project*, *J. World Trade L.*, 1972, p. 185. Voir le site de la compagnie sur le site http://www.iaigc.net/?id=2&sid=1.

[11] http://wiki.dorar-aliraq.net/iraqilaws/law/6266.html Voir aussi une Convention de 1953 relative au paiement des transactions commerciales et à la circulation des capitaux entre les États arabes qui affecte partiellement l'investissement, disponible sur le lien http://www.lasportal.org/wps/wcm/connect/32dc99004b46d7ab848e9c526698d42c/legalnet-2-1.pdf?MOD=AJPERES.

[12] http://company-lawyers.net/vb/showthread.php?p=198; Une version française de la Convention de 1974 a été préparée par J-F Rycx et publiée dans la *Revue de l'arbitrage*, 1981, page 348.

[13] Le Conseil de l'Unité Economique Arabe a été créé en 1957 dans le but de réaliser l'unité économique complète entre ses États membres. L'accord instituant ce conseil est disponible en anglais sur le lien suivant: http://www.cris.unu.edu/riks/web/treaties/constituent_treaties/19._The_Economic_Unity.

[14] http://www.lasportal.org/wps/wcm/connect/4946430049c0fe5a9a7c9e526698d42c/legalnet-2-29.pdf?MOD=AJPERES.

[15] http://www.lasportal.org/wps/wcm/connect/3796870049c0febe9a8c9e526698d42c/legalnet-2-2-30.pdf?MOD=AJPERES.

[16] Voir une version en français de cette convention sur le site http://invest.caci.dz/fileadmin/template/recueil/pdf/D_cret_pr_sidentiel_95-306.pdf.

ressortissant arabe dans un autre pays arabe (investisseur personne physique ou personne morale ayant la nationalité d'un État arabe et contrôlé par un capital arabe). Elle est ratifiée par 21 pays arabes. Seules les Îles Comores n'ont pas ratifié cette convention. Elle est entrée en vigueur depuis le 1er septembre 1981.

A ce titre, il est important de mentionner que les relations entre les différentes conventions arabes sur les investissements sont compliquées. D'une part, ces conventions ne contiennent pas, pour la plupart, des dispositions sur leurs articulations avec les conventions antérieures. D'autre part, tous les États ne sont pas nécessairement signataires des mêmes conventions. Enfin, l'existence des traités bilatéraux d'investissement entre États arabes ne fait que rendre la coordination des sources conventionnelles complexe. Il ne s'agit, cependant, pas d'un problème spécifique à la région arabe. Le droit actuel des investissements étrangers est, en effet, de plus en plus atomisé, hétérogène et stratifié. Il découle de traités internationaux – bilatéraux, sous-régionaux, régionaux, interrégionaux, sectoriels, multilatéraux − pour lesquels aucune coordination n'a été prévue et qui, de ce fait, peuvent se chevaucher.

Quoi qu'il en soit, la Convention arabe du 25 novembre 1980 innove par rapport aux conventions adoptées sous les auspices de la Ligue et par rapport aux autres conventions bilatérales et multilatérales conclues dans le monde en matière d'investissement**.** On peut relever deux innovations: une innovation substantielle (I) et une innovation procédurale (II).

1. *L'innovation substantielle*

Les traités d'investissement ne prévoient souvent que des droits au profit des investisseurs étrangers sans aucune obligation corrélative. On a ainsi présenté les traités bilatéraux d'investissement comme « *des conventions par essence inégalitaires* »[17]. On a souligné que « *les traités d'investissement constituent une charte des droits exclusifs des investisseurs* »[18]. La personne privée n'a que des droits qui les invoquent

[17] P. JUILLARD, Table ronde, *Le système actuel est-il déséquilibré en faveur de l'investisseur privé étranger et au détriment de l'État d'accueil ?*, Colloque de l'IHEI sur le contentieux transnational relatif aux investissements, Paris, 3 mai 2004 in Ch. LEBEN (éd.), *Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement. Nouveaux développements*, Paris, 2006, p. 185.

[18] H. MANN, *The Right of States to Regulate and International Investment Law : A Comment*, in *The Development Dimension of FDI : Policy and Rule-Making Perspectives, Proceedings of the Expert Meeting held in Geneva from 6 to 8 November*

contre les États. Elle n'assume aucune obligation dans la sphère internationale.

La Convention arabe de 1980 innove à cet égard. Elle contient les règles de protection habituelles qu'on trouve dans les traités d'investissement. Elle garantit ainsi le traitement national[19], le droit de transférer les fonds de et vers l'État hôte[20] et interdit les expropriations directes et indirectes, même partielles, non accompagnées d'indemnisation[21]. Toutefois, contrairement aux autres traités internationaux d'investissement, la Convention arabe prévoit des obligations à la charge des investisseurs.

En effet, l'article 14 (1) prévoit que « L'investisseur arabe s'engage, dans les différents aspects de son activité, à coordonner son action au maximum avec l'État où se situe l'investissement, et ses différents organes et institutions. Il lui incombe de respecter ses lois et règlements sans enfreindre les dispositions de la présente convention, et s'engage dans la création de projets d'investissements arabes, leur gestion et leur modernisation à se conformer aux plans et programmes de développement que l'État met en œuvre pour moderniser l'économie nationale, par les moyens menant au renforcement de son édification et l'affermissement de la complémentarité économique arabe. Il s'abstiendra de tout ce qui est de nature à contrevenir à l'ordre public et aux bonnes mœurs et s'interdira tout profit illicite ». En conséquence, l'investisseur arabe doit respecter les dispositions en vigueur dans l'État hôte. Il doit se conformer à ses programmes de développement et s'abstenir à tout ce qui portera atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs[22]. L'investisseur doit, en outre, s'interdire tout profit illicite.

2002, UNCTAD 2003*,* p. 212. Selon cet auteur, « The IIAs have become a charter of rights for foreign investors, with no concomitant responsibilities or liabilities, no direct legal links to promoting development objectives, and no protection for public welfare in the face of environmentally or socially destabilizing foreign investment ». Il ajoute : « international investment law is a system of corporate rights without responsibility or liability » (p. 215). Pour une étude critique du droit actuel des investissements, voir S. ANDERSON et S. GRUSKY, *Challenging Corporate Investor Rule: How the World Bank's Investment Court, Free Trade Agreements, and Bilateral Investment Treaties have Unleashed a New Era of Corporate Power and What to Do About It*, Institute for Policy Studies et Food and Water Watch, avril 2007, http://www.ips-dc.org/reports/070430-challengingcorporateinvestorrule.pdf.

[19] Article 6.

[20] Article 7.

[21] Article 9.

[22] Il semble que la convention arabe se réfère à l'ordre public national de chaque État membre, ce qui exclut toute application d'une conception d'ordre public régional arabe.

L'article 14 (2) tire les conséquences de la violation de ces obligations en disposant que « L'investisseur arabe est responsable de toute infraction aux obligations figurant au paragraphe précédent conformément à la législation de l'État où se situe l'investissement ou dans lequel se produit l'infraction à l'obligation ».

De même selon l'article 15 de la convention, « Sous réserve des droits que confère la présente convention, les investisseurs arabes sont soumis aux mêmes obligations imposées aux citoyens de l'État où se situe l'investissement par les dispositions légales qui y sont applicables ». Il s'agit là d'une disposition établissant une « égalité des obligations » entre investisseurs nationaux et investisseurs étrangers qui complète le droit au traitement national prévu à l'article 6.

Le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs et l'interdiction de tout profit illicite ne sont pas de simples exceptions délimitant les garanties reconnues dans la Convention. Celle-ci, en fait, formule un devoir ou une obligation s'imposant à l'investisseur rarement rencontré dans un traité international d'investissement. En effet, certains traités d'investissement prévoient une exception générale relative à l'ordre public[23]. Cependant, la Convention arabe consacre une approche différente en élevant le respect de l'ordre public au rang d'une obligation de conduite s'imposant à l'investisseur.

De même, l'obligation de conformité au droit local ne se limite pas à la constitution d'investissement, comme dans certains traités. Ainsi, l'article 1 du TBI Canada-Costa Rica (1998) prévoit que « le terme «investissement» désigne « les avoirs de toute nature détenus ou contrôlés, soit directement, soit indirectement, par l'entremise d'un investisseur d'un État tiers, par un investisseur d'une Partie contractante sur le territoire de l'autre Partie contractante, en conformité avec les lois de cette dernière »[24]. Toutefois, la conformité dans la Convention arabe ne concerne pas seulement la constitution de l'investissement mais constitue une obligation générale qui s'impose à l'investisseur tout au long de son investissement.

On souligne que ces articles, plus particulièrement l'article 14, sont invoqués aujourd'hui pour soutenir que les contrats conclus avant les

[23] Voir par exemple, le TBI États-Unis-Haïti (1983) qui prévoit dans son article 10 que : « this Treaty shall not preclude the application by either Party of any and all measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the protection of its own essential security interests ».

[24] S.W. SCHILL, *Illegal Investments in Investment Treaty Arbitration*, in *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2012, p. 281-323

révolutions arabes avec les régimes autoritaires ne peuvent pas être protégés car ils sont immorales, incompatibles avec les bonnes mœurs ou constituent une forme de recherche d'un profit illicite[25].

Par ailleurs, la Convention arabe contient plusieurs dispositions originales délimitant son champ d'application. Elle prévoit une définition particulière de l'investissement protégé. Contrairement à la majorité des traités d'investissement qui définissait l'investissement par référence à la notion de bien ou d'actif, l'article 1 (6) prévoit que « l'investissement est l'emploi du capital dans l'un des secteurs de développement économique en vue de réaliser un revenu sur le territoire d'un État partie ou le transfert du capital à cette fin vers ce territoire conformément aux dispositions de cet accord ». De même, la Convention prévoit explicitement que les gouvernements et les entités publiques sont des investisseurs protégés. A cet effet, l'article 1 (4) et 1 (6) disposent que la notion d'investisseur vise « le gouvernement de l'une des parties contractantes ou toute personne physique ou morale appartenant à une Partie Contractante et possédant un capital qu'elle investit dans le territoire d'une autre Partie contractante ». L'inclusion des entités publiques dans la définition de l'investisseur protégé est une disposition qu'on trouve dans plusieurs accords d'investissement conclus par les pays arabes et islamiques. Elle s'explique par le développement des investissements souverains et publics réalisés par des fonds souverains et des entités publiques à l'étranger[26].

La Convention arabe de 1980 a inspiré la rédaction d'une autre convention régionale plus large. Il s'agit l'Accord sur la promotion, la protection et la garantie des investissements entre les États membres de l'Organisation de la Coopération Islamique[27]. Cet accord a été approuvé par la Résolution 7/12-E adoptée lors de la douzième Conférence des

[25] Sur la question de la revocation des contrats conclus par les régimes non démocratiques, voir W. BEN HAMIDA, *Investment Treaties and Democratic Transition: Does Investment Law Authorize Not to Honor Contracts Concluded with Undemocratic Regimes?*, in *International Investment Law and Development: Friends or Foes?* Frankfurt Investment Law Workshop 2013 –Goethe-Universität Frankfurt am Main, *à paraître.*

[26] Sur ce phénomène, voir W. BEN HAMIDA, *Sovereign Wealth Investment and Investment Treaties*, in The *Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 2010, p. 17-36.

[27] Sur cet accord, voir W. BEN HAMIDA, *A Fabulous Discovery: The Arbitration Offer under the Organization of Islamic Cooperation Agreement Related to Investment*, in *Journal of International Arbitration*, 2013, p. 637–663 et W. BEN HAMIDA, *La première sentence arbitrale rendue sur le fondement de l'Accord de l'Organisation de la Coopération Islamique de 1981 sur les Investissements*, in *Cahiers de l'arbitrage-Paris Journal of International Arbitration*, 1994, p. 712.

ministres islamiques des Affaires étrangères, tenue à Bagdad, en Irak, entre le 1er Juin et 5 juin 1981[28]. Il a été signé par 33 États, ratifiés par 27 États et rentré en vigueur le 23 septembre 1986[29]. Comme la Convention arabe de 1980, l'Accord islamique prévoit des obligations à la charge des investisseurs. Ainsi, selon l'article 9, « l'investisseur s'engage à respecter les lois et règlements en vigueur dans le pays hôte et devra s'abstenir de tout ce qui est de nature à perturber l'ordre public et les mœurs et à porter atteinte à l'intérêt public. Il devra s'abstenir aussi d'entreprendre des « activités contraignantes »[30] ou de réaliser des gains par des moyens illicites »[31].

Lors du sommet économique arabe organisé à Riyad les 21-22 janvier 2013, les dirigeants arabes ont décidé de modifier certaines dispositions de la Convention de 1980. La nouvelle Convention modifiée de 2013 mentionne toujours l'obligation de l'investisseur arabe de respecter le droit local de l'État hôte[32]. Cependant, elle ne reprend pas l'obligation de l'investisseur de se conformer aux plans et aux programmes de développement. Elle ne se réfère pas non plus à l'obligation incombant à l'investisseur de respecter l'ordre public, les bonnes mœurs et de s'interdire tout profit illicite.

La portée de cette suppression n'est pas très claire surtout lorsqu'on sait que l'Accord islamique qui a été ratifié par plusieurs pays arabes contient toujours des références à ces obligations. En tout cas, l'entrée en vigueur des nouvelles modifications nécessite la ratification de 5 États membres. Or pour le moment seuls le Maroc et les EAU ont engagé ce processus[33].

Les rédacteurs de la Convention arabe modifiée de janvier 2013 ont laissé intacte le mécanisme de la cour arabe d'investissement qui

[28] L'accord est disponible en Arabe, en Anglais et en français sur ce site <http://www.oic-oci.org/oicv2/page/?p_id=40&p_ref=16&lan=en>. La version française peut être aussi consulté sur ce site <http://www.oic-oci.org/french/conventions/Agreement%20for%20Invest%20in%20OIC%20%20fr.pdf>.

[29] Voir la liste des États qui ont signés et ratifiés l'accord de l'OIC sur les investissements, sur le site, <www.oic-oci.org/english/convenion/Accords_Eng_31_01.pdf>.

[30] Il semble que le terme approprié à la lecture des autres versions de l'accord est « pratiques restrictives ».

[31] W. BEN HAMIDA, *Arab region: Are investors rediscovering regional investment agreements from the '80s?*, UNCTAD Investment Policy Hub, <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Blog/Index/17>.

[32] Article 13.

[33] Pour le Maroc, voir <http://arabic.arabianbusiness.com/politics-economics/2013/nov/29/348170/#.UsqJ-dLuIQc>. Pour les EAU, <http://www.mubasher.info/CASE/news/ >.

constitue l'innovation procédurale la plus importante du système arabe de protection des investissements.

2. *L'innovation procédurale*

Les traités d'investissement garantissent aux seuls investisseurs le droit d'engager une procédure arbitrale contre les États. Ainsi, l'État exprime dans le dispositif conventionnel un consentement abstrait à l'arbitrage ou une offre publique d'arbitrage que seule la personne privée peut accepter en introduisant sa requête arbitrale. Cet arbitrage réservé à l'initiative de l'investisseur contre l'État illustre l'avènement d'un arbitrage unilatéral étrange à la conception traditionnelle de l'arbitrage où chaque partie dispose du droit de saisir le tribunal arbitral[34]. Contrairement à l'arbitrage traditionnel dans lequel chaque signataire de la clause d'arbitrage peut potentiellement avoir la double qualité de demandeur et de défendeur, dans l'arbitrage fondé sur les traités d'investissement se présentent deux catégories de personnes ayant des positions procédurales différentes : une partie étatique, seule et toujours défenderesse à l'instance, et une autre, la partie privée, unique demanderesse et bénéficiaire exclusif du droit de déclencher le mécanisme procédural.

Le droit unilatéral octroyé à l'investisseur pour engager des procédures arbitrales contre des États en dehors d'une clause d'arbitrage classique conduit à nous interroger sur le statut des personnes privées en droit international. En effet, le fait qu'une personne privée puisse attraire devant un juge international qui applique souvent le droit international un État ne va pas sans engendrer des conséquences sur le plan du droit international public. Ainsi, une large partie de la doctrine, remarquant l'évolution du droit international des investissements, n'a pas hésité à affirmer que la personne privée jouit de la personnalité juridique internationale. Mme Poirat souligne que l'arbitrage de l'article 26 de la Charte de l'Energie, qui contient l'offre d'arbitrage, élève l'investisseur privé au rang de co-auteur du droit sur le plan international et que les traités d'investissement «contribuent très largement à faire de la personne privée, sujet du droit interne, un sujet de droit international

[34] W. BEN HAMIDA, *L'arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique*, Thése, Paris II, 2003 et A. PRUJINER, *L'arbitrage unilatéral: un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel?*, in *Revue de l'Arbitrage,* 2005, p. 61.

ayant une personnalité et une capacité internationales »[35]. Le professeur Leben, s'inspirant de la définition du sujet de droit chez Kelsen[36], remarque que le fait que l'individu dispose de droits qui lui ont été attribués par une convention internationale et qu'il peut les faire valoir devant une juridiction internationale confirme que les personnes privées sont des véritables sujets du droit international, comme déjà dans d'autres domaines, tels que le droit international des droits de l'homme ou le droit international pénal[37].

Il est très difficile de nier cette réalité. Bien plus, dans le domaine des investissements, l'individu n'est pas un sujet du droit international, à armes égales avec l'État, mais un sujet privilégié dont le statut est plus favorable que celui de l'État. Souvent, en cette matière, la personne privée n'est destinataire d'aucune obligation internationale dont la violation pourrait la conduire à être jugée par des tribunaux internationaux. Seul l'État doit la protection. Seul l'État supporte les conséquences du non respect des règles conventionnelles. Seul l'État s'engage enfin par l'arbitrage qui ne peut être déclenché que par la personne privée.

La bilatéralisation de l'accès au tribunal arbitral en droit des investissements se heurte au caractère volontaire de l'arbitrage. En effet, la consécration d'un droit de recours à l'arbitrage au profit de l'État contre l'investisseur suppose le consentement de ce dernier. Or l'investisseur n'est pas signataire de la convention internationale d'investissement pour pouvoir consentir à l'arbitrage.

La technique de l'offre d'arbitrage sur laquelle repose le règlement des différends dans les traités actuels d'investissement constitue un obstacle au rééquilibrage procédural du droit des investissements. P. Juillard a résumé cette situation en affirmant, « si l'investisseur est demandeur devant l'arbitrage, l'État défendeur qui a donné son consentement de façon générale et par avance ne peut pas se dérober.

[35] F. POIRAT, *L'article 26 du traité relatif à la Charte de l'Energie : Procédures de règlement des différends et statut des personnes privées*, in *RGDIP,* 1998, p. 74.

[36] Kelsen définit le sujet de droit dans l'ordre international comme « toute personne capable d'entrer en litige directement avec un autre sujet du droit international en tant que tel et, éventuellement, d'attraire ce sujet devant une juridiction internationale (sous réserve du consentement donné par celui-ci sous une forme ou une autre) », Ch. LEBEN, *Retour sur la notion de contrat d'État et sur le droit applicable à celui-ci*, in *Mélanges Hubert Thierry. L'évolution du droit international*, Paris 1998, p. 266.

[37] Ch. LEBEN, *Quelques réflexions théoriques à propos des contrats d'État*, in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20ème siècle. À propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, Paris, 2000, p. 128-129.

Mais si l'État est demandeur devant le CIRDI, l'investisseur défendeur peut se dérober : il peut refuser de donner son consentement écrit et spécial qu'exige le texte [article 25 de la Convention CIRDI]. L'État et l'investisseur se trouvent en situation de dissymétrie. Et cette dissymétrie peut aboutir en ce qui concerne l'État à des conséquences désastreuses. L'État ne peut pas recourir à l'arbitrage car il y a de bonnes raisons de penser que l'investisseur, s'il a violé ses obligations ne donne pas ce consentement »[38].

L'un des remèdes à ce déséquilibre consiste à instaurer un arbitrage obligatoire. Si un traité international peut créer des droits au profit de l'investisseur privé, le même traité peut créer des obligations à charge de ce dernier y compris une obligation d'arbitrage[39]. Comme l'a affirmé M Derains « si l'État peut créer des droits à l'arbitrage international pour ses ressortissants, ne peut-il aussi leur créer des obligations à cet égard… au-delà de la rédaction même des accords étatiques, c'est un problème de droit constitutionnel interne. Si l'État a effectivement ce pouvoir au plan constitutionnel, on peut aboutir alors à un mécanisme d'arbitrage international supplétif dont les aspects bénéfiques paraissent difficilement contestables »[40].

L'existence d'une telle obligation d'arbitrage peut cependant soulever des difficultés de mise en œuvre. Ainsi, dans l'affaire *Tarom c/ A. Khayat*[41], la Cour d'appel de Paris a apporté un « coup d'arrêt à la marginalisation du consentement à l'arbitrage international »[42]. Dans cette affaire, la société Khayat a saisi la CCI sur le fondement de l'article 10 de l'Accord de 1980 sur le commerce et le paiement entre le Liban et la Roumanie, en l'absence d'une clause d'arbitrage se référant à cette

[38] P. JUILLARD, *Chronique investissement*, in *AFDI*, 1995, p. 609. V. de même, A. PARRA, *Provisions on the settlement of investment disputes in modern investment laws, bilateral investment treaties and multilateral instruments on investment*, in *ICSID Rev.*, 1997, p. 340, qui dit : « in the absence of the consent of the investor, such a dispute cannot be submitted to arbitration at all ».

[39] Voir l'avis de la CIJ sur *les compétences des tribunaux de Dantzig*. La CIJ a affirmé que l'« on ne saurait contester que l'objet même d'un accord international, dans l'intention des parties contractantes, puisse être l'adoption par les parties de règles déterminées créant des droits et des obligations pour les individus et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux », 3 mars 1928, Série B, n°15, p. 17-18.

[40] Y. DERAINS, *L'impact des accords de protection des investissements sur l'arbitrage*, in *Gaz. Pal.*, avril 2001, p. 12.

[41] *Rev. Arb*., 2000, p. 493 et s. et *JDI*, 2000, p. 370 et s.

[42] B. STERN, *Un coup d'arrêt à la marginalisation du consentement dans l'arbitrage international (A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1er juin 1999*, in *Rev. Arb.*, 2000, p. 403 et s.

institution d'arbitrage[43]. L'arbitre unique s'est estimé compétent au motif que les deux États ont pu consentir par avance au nom de leurs ressortissants, qui sont liés par ce consentement étatique à l'arbitrage CCI[44]. Saisie par une demande d'annulation contre cette sentence, la Cour d'appel de Paris, soulignant la dimension conventionnelle de l'arbitrage[45], a affirmé que les principes fondamentaux de l'arbitrage et le règlement CCI empêchaient un État de consentir à la place de ses ressortissants. En conséquence, même si une partie de la doctrine se prononce en sens contraire[46], un traité international ne pouvait pas se permettre de se passer du consentement du national ni de créer ce que Mme Stern a appelé une « obligation d'accès », ou « un arbitrage forcé pour la personne privée »[47].

La même position était adoptée par la Cour de cassation. La Cour suprême a rejeté le pourvoi de la société Tarom dans lequel elle avait reproché à la Cour d'appel d'avoir écarté l'article 10 de l'Accord de commerce et de paiement, alors qu'il constituait, à défaut de volonté des parties d'y déroger, le droit commun judiciaire des relations libano-roumaines et qu'il avait un caractère impératif, spécialement pour la société Tarom, société d'État. Dans son arrêt du 19 mars 2002, réaffirmant que « seule la volonté commune des contractants a le pouvoir d'investir l'arbitre de son pouvoir juridictionnel », elle a jugé que l'accord inter-étatique de 1980, nonobstant son caractère obligatoire dans l'ordre juridique romain, ne pouvait pas outrepasser le consentement commun des contractants à l'arbitrage[48].

[43] L'article 10 dispose que « les éventuels différends qui résulteraient de l'interprétation ou de l'exécution des contrats qui seraient conclus, sur la base du présent accord, entre les personnes morales de la République socialiste de Roumanie et les personnes physiques ou morales de la République libanaise seront résolus à l'amiable. Au cas où ces différends persisteraient, ils seront résolus définitivement par l'arbitrage de la Commission d'arbitrage de la Chambre de commerce international à Paris, conformément au règlement de la Commission et avec l'application du droit matériel français. La formalité de l'exequatur ne comprendra pas un examen au fond de la sentence arbitrale ».

[44] B. STERN, *op. cit.*, p. 412 et s.

[45] La Cour a affirmé que « l'arbitrage international qu'il se déroule en France ou à l'étranger, a nécessairement un fondement conventionnel ; qu'il relève à ce titre exclusivement de la volonté commune des parties laquelle est seule à pouvoir habiliter l'arbitre en lui conférant son pouvoir juridictionnel ».

[46] Voir en sens contraire, E. LOQUIN, Note sur l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 1er juin 1999, *JDI*, 2000, p. 379. Voir aussi la note du même auteur de la décision rendue par la Cour de Cassation dans le *JDI*, 2003, p. 143.

[47] B. STERN, *op. cit.*, p. 419-420.

[48] Cass, 1ére ch. Civ, 19 mars 2002, *Bul. civ* I, n° 94, p. 73, *RTD com*, 2002, p. 664 et s., obs. Loquin et *JDI*, 2003, p. 139.

La Convention arabe d'investissement évite toutes ces controverses en créant une juridiction internationale spéciale devant laquelle « la responsabilité internationale de l'investisseur » peut être engagée. En effet, l'innovation la plus importante de la convention arabe de 1980 est la création d'une Cour arabe d'investissement.

Étroitement intégrée au système institutionnel de la Ligue des États Arabes, la Cour arabe d'investissement a été mise en place en 1985. Elle comprend au moins 5 juges nommées par le Conseil économique et social de la Ligue Arabe sur proposition des États membres pour un mandant de 3 ans renouvelable. Un changement des statuts de la Cour en 2009 adopté par le Conseil économique et social de la Ligue prévoit que seules des juges nationaux peuvent être nommés à la Cour. Cet amendement a été critiqué car les juges étatiques sont perçues, à tort ou à raison, comme plus favorables à l'intérêt de l'État que celui des investisseurs. Cela d'autant plus que ces juges ne sont pas élus mais nommés. La Cour siège en chambre comprenant au moins 3 juges ou en formation plénière[49]. Actuellement la Cour est composée de 10 juges[50]. Les attributions de la Cour seront dévolues à la Cour Arabe de Justice si une telle institution voit le jour[51].

La cour est compétente pour régler les litiges d'investissement. Ces litiges peuvent être transnationaux ou mixtes entre les États (ou les entités publiques) et des investisseurs arabes. Mais, elles peuvent être des litiges inter-etatiques entre États ou entités publiques arabes. La Cour peut être saisie aussi bien par les investisseurs contre les États que par les États contre les investisseurs. Cette compétence est pourtant complémentaire ou subsidiaire. Selon l'article 27 de la Convention

[49] Article 28.

[50] Voir sur la Cour arabe d'investissement, W. BEN HAMIDA, *The First Arab Investment Court Decision*, in *Journal of World Investment and Trade*, 2006, p. 699 et s., voir aussi, F. HORCHANI, *L'investissement interarabe*, Tunis, 1992, p. 390 et s.

[51] Article 28. Voir également l'article 46 de la Convention d'investissement arabe. La mise en place d'une Cour de Justice Arabe est prévue par l'article 19 de la Charte de la Ligue Arabe. De nombreux projets ont été discutés. Toutefois, aucune décision définitive n'a été prise à ce sujet. Un projet de statut contenant 48 articles, de la Cour de Justice Arabe (CJA) a été soumis aux dirigeants arabes qui se sont réunis dans la capitale soudanaise le 28 Mars 2006. La compétence de la CJA, dans ce projet, se limite au règlement des différends entre les gouvernements arabes.

Des sources diplomatiques bien informées excluent l'adoption du projet de la CJA en raison des réserves émises par de nombreux États membres. Voir E. FODA, *The Projected Arab Court of Justice: A Study in Regional Jurisdiction with specific Reference to the Muslim Law of Nations*, Leiden, 1957; S. CHAABANE, *Le projet de refonte du pacte de la Ligue des États Arabes et le projet des statuts de la Cour Arabe de Justice*, *Revue Affaires Arabes*, mars 1982, No. 2.

arabe, la Cour ne peut être saisie que si les parties au litige ne décident pas de soumettre leur différend à la conciliation ou à l'arbitrage, si le conciliateur ou l'arbitre ne rend pas sa décision dans la période imparti ou si les parties au litige n'acceptent pas la proposition du conciliateur. On ajoute que l'article II de l'annexe de la Convention arabe prévoit la possibilité de saisir la Cour si un État n'exécute pas une sentence arbitrale dans un délai de trois mois.

Les jugements rendus par la cour doivent être exécutés par les États membres de plein droit. En effet, l'article 34 (3) de la convention arabe prévoit que – « Le jugement prononcé par la Cour a la force exécutoire dans les États partenaires et son exécution se fait de plein droit comme s'il s'agissait d'une décision définitive exécutoire émanant d'une de ses juridictions compétentes »[52]. Cet article rappelle l'article 54 de la Convention CIRDI[53]. Cependant contrairement à celle-ci, la Convention arabe ne contient aucune réserve relative à l'immunité d'exécution.

La Cour Arabe a été établie depuis 1985 mais elle n'a pas réellement fonctionné qu'en 2003 lorsqu'un investisseur saoudien (Tanmiah for Consultancy Management & Marketing) l'a saisie pour la première fois contre la Tunisie. Elle a rendu sa première décision en 2004[54]. A ce jour la cour a rendu 6 décisions : 4 décisions relatives à des demandes soumises par les investisseurs contre des États ; il y a une demande qui a été soumise par un investisseur contre la Ligue Arabe dans un litige lié à

[52] Sur la portée de cette obligation, voir, W. BEN HAMIDA, *Enforcement of arbitral awards in Tunisia*, in J. FOURET (ed.), *Enforcement of Investment Treaty Arbitration Awards: A Global Guide Hardback*, London, 2015, p. 439.

[53] L'article 54 dispose « 1) Chaque État contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit État. Un État contractant ayant une constitution fédérale peut assurer l'exécution de la sentence par l'entremise de ses tribunaux fédéraux et prévoir que ceux-ci devront considérer une telle sentence comme un jugement définitif des tribunaux de l'un des États fédérés. 2) Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une sentence sur le territoire d'un État contractant, la partie intéressée doit en présenter copie certifiée conforme parle secrétaire général au tribunal national compétent ou à toute autre autorité que ledit État contractant aura désigné à cet effet. Chaque État contractant fait savoir au secrétaire général le tribunal compétent ou les autorités qu'il désigne à cet effet et le tient informé des changements éventuels. 3) L'exécution est régie par la législation concernant l'exécution des jugements en vigueur dans l' État sur le territoire duquel on cherche à y procéder ». L'article 55 ajoute que « Aucune des dispositions de l'article 54 ne peut être interprétée comme faisant exception au droit en vigueur dans un État contractant concernant l'immunité d'exécution dudit État ou d'un État étranger ».

[54] Voir W. BEN HAMIDA, article précité, 2006, p. 699-721.

la construction du siège de la ligue arabe a Tunis[55]. La seule demande introduite contre un investisseur par un État émane de la Libye. Cet État a introduit un recours en annulation contre une sentence arbitrale rendue dans l'affaire *Al-Kharafi Co c./ Libya*. Cependant, la Cour a rejeté ce recours pour incompétence.

La Cour arabe est non seulement une exception régionale mais aussi une création originale. L'idée d'instaurer une cour permanente réglant les litiges relatifs aux investissements est une idée ancienne. En 1948, l'Association de Droit International (International Law Association) a préparé un projet relatif à un tribunal international compétent pour régler les litiges relatifs aux investissements entre les États et les investisseurs privés[56]. L'Accord islamique d'investissement prévoit dans son article 17 la création d'un organisme pour le règlement des litiges. Mais cet organe n'a été jamais mis en place. Lors des négociations de l'AMI, l'établissement d'une cour a été proposé. La Norvège a suggéré l'instauration d'un tribunal d'investissement à la place du mécanisme arbitral prévu dans les traités d'investissement[57]. Pour remédier à l'abus de l'arbitrage État-investisseur, cet État a suggéré la création d'un organe, à l'image de la Commission Européenne des Droits de l'Homme, dont la mission est d'aider les parties à trouver une solution amiable et de filtrer les recours abusifs[58].

L'institution d'une cour internationale des investissements peut constituer un remède à l'inégalité d'accès qui caractérise l'arbitrage transnational unilatéral. Elle garantit la stabilité de la jurisprudence. Elle peut ainsi fournir une solution au désordre jurisprudentiel et à la contradiction des sentences en matière d'investissement. Toutefois, l'institution d'une cour est une solution qui n'a, à ce jour, ni le soutien des États, ni l'appui des investisseurs.

En effet, les États préfèrent une procédure flexible et souple. Ils souhaitent résoudre les litiges relatifs aux investissements au cas par cas,

[55] Sur la jurisprudence de la Cour arabe, W. BEN HAMIDA, *The Development of the Arab Investment Court's Case Law:New Decisions Rendered by the Arab Investment Court*, in *International Journal of Arab Arbitration*, 2014, p. 3 et s.

[56] International Law Association, Draft Statutes of the Arbitral Tribunal for Foreign Investment and the Foreign Investments Court, UNCTAD, *International investment instruments: A compendium*, Vol. III, p. 259; <http://www.unctad.org/sections/dite/iia/docs/Compendium//en/72%20volume%203.pdf >.

[57] Documents DAFFE/MAI/EG1/RD (96)1, 26 janvier 1996; DAFFE/MAI/EG1/RD (96)5, 5 mars 1996.

[58] Document DAFFE/MAI/EG1/RD (96)5 datant du 5 mars 1996, inédit.

avec une certaine liberté, sans être liés par la règle du précédent[59]. La création d'une cour réduit donc leur marge de manœuvre et imposera une jurisprudence uniforme qui pourra limiter leur liberté d'action. Plusieurs traités d'investissement comme l'ALENA traduisent cette volonté de traiter le contentieux d'investissement au cas par cas. Ils contiennent une disposition selon laquelle «une sentence rendue par un tribunal n'aura aucune force obligatoire si ce n'est entre les parties contestantes et à l'égard de l'espèce considérée »[60]. Une autre raison évoquée est le fait que les États n'acceptent la création d'une juridiction que lorsque le régime substantiel est relativement clair. Ainsi, dans le cadre de l'OMC, il fallait attendre plusieurs années après la conclusion du GATT pour voir l'ORD mis en place.

De leur côté, les investisseurs craignent une institutionnalisation trop lourde des mécanismes de règlement des différends. Ils exigent une procédure souple, efficace et rapide. Ils considèrent qu'une cour risquerait d'être une institution organiquement lourde et fonctionnellement peu efficace.

3. *Conclusions*

L'analyse du cadre normatif et institutionnel relatif aux investissements produit par la Ligue des États Arabes est importante du point de vue de droit des investissements et du droit international général.

Du point de vue de droit des investissements, les accords arabes peuvent fournir une source d'inspiration pour l'élaboration d'une nouvelle génération des traités d'investissement plus équilibrés. D'ailleurs, la Commission européenne indique que la nouvelle politique européenne en matière d'investissements internationaux établira un équilibre entre les droits et les devoirs des investisseurs. Elle affirme ainsi dans sa communication *Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux* que « Toute politique commune d'investissement doit aussi être guidée par les principes et objectifs de l'action extérieure de l'Union en général, dont la promotion

[59] Aux termes de Kodama, « Strong precedential effects may make States reluctant to accept the given dispute settlement mechanism, as States normally prefer a free hand in controlling cases », Y. KODAMA, *Dispute Settlement under the Draft Multilateral Agreement on Investment. The Quest for an Effective Investment Dispute Settlement Mechanism and its Failure*, in *Journal of International Arbitration*, 1999, p. 59.

[60] 1136 (1), v. aussi : Art 26 (8) de la Charte de l'Energie.

de l'État de droit, des droits de l'Homme et du développement durable (article 205 du TFUE et article 21 du TUE). À cet égard, les principes directeurs de l'OCDE pour les entreprises multinationales, qui sont actuellement mis à jour, constituent un instrument important qui contribue à équilibrer les droits et les responsabilités des investisseurs »[61]. La CNUDCI a lancé lors du Forum mondial de l'investissement en octobre 2014[62] un débat sur la reforme du système actuel de protection des investissements pour le rendre plus équilibré[63].

Du point de vue du droit international général, la possibilité d'engager la responsabilité internationale des investisseurs étrangers pour non respect d'un accord international devant la Cour arabe d'investissement est une nouveauté qu'il convient de mesurer ses conséquences. C'est l'un des rares cas ou la responsabilité d'une personne privée peut être engagée devant une juridiction internationale en dehors de la matière pénale et des droits de l'homme.

[61] *Communication de la Commission au Parlement européen, Vers une politique européenne globale en matière d'investissements internationaux*, COM(2010) 343 final, p. 9, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52010DC0343.

[62] CNUCED, *L'ONU tient une réunion sur la réforme des accords d'investissement*, Genève, Suisse, (22 octobre 2014), http://unctad.org/fr/pages/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=218.

[63] UNCTAD, *Reform of investor-state dispute settlement: in search of a roadmap*, Updated for the launching of the World Investment Report (WIR), 26 June 2013, IAI Issues Note, No. 2, http://unctad.org/en/publicationslibrary/webdiaepcb2013d4_en.pdf, UNCTAD, Reform of the IIA Regime: Four Paths of Action and a Way Forward, IIA Issue Note, No. 3, 11 July 2014, http://unctad.org/en/ PublicationsLibrary/ webdiaepcb2014d6_en.pdf et UNCTAD, *Reforming the International Investment Agreements Regime*, IIA Conference, 16 October 2014, http://unctad-worldinvestmentforum.org/programme/sessions/reforming-the-international-investment-agreements-regime/, UNCTAD, *Expert Meeting on the Transformation of the International Investment Agreement Regime: The Path Ahead,* http://unctad.org/en/Pages/MeetingDetails.aspx?meetingid=643.

TAVOLA ROTONDA

TRA PRINCIPIO DI LEGALITÀ E POLITICA INTERNAZIONALE: RIPENSARE IL SISTEMA DELLE NAZIONI UNITE

Presidenza

F. POCAR

REFORMER LES NATIONS-UNIES ?

Jean Paul JACQUÉ*

SOMMAIRE : 1. La légitimité. – 2. L'*accountability*. – 3. La cohérence. – 4. La démocratie. – 5. Conclusion.

La thématique de la réforme du système des Nations-Unies est presque aussi ancienne que le système lui-même et la lecture plus de soixante années d'analyses et de propositions donne le vertige à l'observateur. Mais, au début de ma réflexion, je voudrais simplement rappeler deux éléments. Le maître de beaucoup d'entre nous, le Prof. Reuter avait coutume d'appeler à la prudence lorsqu'il s'agissait de traiter de la réforme des organisations internationales. En sage praticien, il estimait que la structure d'une organisation était étroitement liée à la structure de la société internationale, mais là n'était pas l'originalité du propos, il ajoutait qu'une reforme qui serait trop en avance sur les besoins de la société ne pourrait que demeurer ineffective. Par contre, si elle devançait légèrement ceux-ci, elle était susceptible de provoquer un progrès plus important. Ces propos de nature fonctionnaliste condamnent toute utopie radicale, mais invitent à pratiquer avec réalisme une politique des petits pas.

Ma seconde réflexion fait appel au Don Carlos de Giuseppe Verdi et, plus particulièrement, au Grand Inquisiteur lorsqu'il dit au Roi : « La pace dell'impero i dì val d'un ribelle », la paix de l'empire vaux bien la vie d'un rebelle (le rebelle étant dans ce cas son fils). C'est exprimer, de manière lyrique, un des messages insistant de Michel Virally qui invitait à se souvenir que le but fondamental des Nations Unies était, au lendemain de la guerre, le maintien de la paix et que celui-ci prévaudrait toujours sur les autres objectifs de la Charte qu'il s'agisse de préoccupations économiques, sociales ou relatives au maintien des droits de l'homme … Même si des progrès très significatifs ont été accomplis dans ces domaines, lorsque l'on évoque une crise du système, c'est essentiellement du maintien de la paix dont il est question parce que la

* Professeur émérite à l'Université de Strasbourg.

volonté des pères de l'organisation à Yalta a été de placer le maintien de la paix au cœur du système.

Dans ce contexte, le thème de la réforme peut être évoqué autour de quatre thèmes qui ont été plus ou moins traités hier : la légitimité, l'*accountability*, la cohérence et – à la fin parce que c'est le plus utopique – la démocratie. Je le ferai de manière réaliste et non théorique, ce que certains ne manqueront pas d'assimiler à du pessimisme, mais n'est-ce pas d'un pessimisme actif que peut naître le progrès.

1. *La légitimité*

Evoquer la question de la légitimité au sein du système n'a que peu de rapports avec la légitimité au sens où l'entendent certaines organisations non gouvernementales qui prônent une légitimité fondée sur la morale, mais plutôt de la notion classique de légitimité, c'est-à-dire de l'acceptation par la communauté du fait que les autorités sont légitimes. C'est sur l'acceptation par les États et par la société que peut reposer la légitimité du système. Dans ce contexte, l'acceptabilité est liée à deux conditions essentielles. L'acceptation dépend de l'efficacité institutionnelle et une organisation inefficace perdrait rapidement sa légitimité, mais elle repose aussi sur le sentiment de représentativité, ou plus précisément d'*ownership* que l'on peut ressentir par rapport à l'organisation. Ce lien entre ces éléments est extrêmement difficile à maintenir puisque, dans le système actuel, vouloir que l'organisation assume en toute circonstance ses responsabilités peut nuire à l'efficacité, ce qui mettrait en cause la légitimité laquelle dépend de la coopération volontaire des États membres. La réforme est toujours restée prisonnière de ce dilemme. D'autre part, modifier la représentativité au sein de l'organisation est délicat puisque celle-ci concerne avant tout la Conseil de Sécurité et est étroitement liée à la fonction de celui-ci. Pour assurer de manière crédible le maintien de la paix, la représentativité doit prendre en compte les éléments liés à la capacité de maintenir celle-ci. Quels peuvent être ces éléments : la puissance militaire, la puissance économique, la représentation géographique, la démographie ? Quel équilibre établir entre ces différents facteurs ? Les discussions qui se sont déroulées depuis vingt années autour de la reforme du Conseil de sécurité témoignent d'une grande confusion qui, ce qui n'est pas surprenant, génère des oppositions difficilement conciliables, entre des groupes d'États qui ne sont pas seulement en désaccord sur les critères, mais également sur les États qui devraient être choisis en cas d'accord

les critères. En outre, augmenter le nombre de membres permanents, est une opération qui doit prendre en compte le maintien d'une dimension acceptable afin de permettre l'efficacité. On ne travaille pas de la même manière dans une assemblée large que dans un petit groupe. Une dimension restreinte rend plus aisée la fabrication du consensus tandis qu'un accroissement considérable du nombre de membres peut transformer l'organe en une institution de type parlementaire où le sens de la responsabilité se dilue et où les débats sont davantage tournés vers l'opinion que vers la conviction des autres membres du groupe. Néanmoins, ces inconvénients ne doivent pas être exagérés. L'expérience de l'Union européenne montre bien que le passage de 15 membres à 28 n'a guère eu d'influence sur le fonctionnement du Conseil qui parvient à statuer par consensus dans plus de 80% des cas dans lesquels la majorité qualifiée s'applique.

De même, contester le droit de veto revient à mettre en cause la base essentielle de l'accord obtenu à Yalta. Comme l'ont souligné des nombreux auteurs, ce droit est simultanément un facteur d'inefficacité par les blocages qu'il provoque dans le processus décisionnel, mais également c'est un garant de l'efficacité du système lorsqu'une décision est prise. Qu'en serait-il, en cas de suppression du veto, si une décision était prise contre la volonté d'un ou de plusieurs membres permanents ? Quelle serait l'effectivité du système et, surtout, qu'en serait-il de la mise en œuvre des décisions ainsi adoptées ? La SDN a bien connu ce type de problèmes qui se sont conclus par le départ successif de grands États membres, puis par l'assoupissement de l'organisation. Le veto est peut-être un mal inévitable et qui maintient une relative efficacité dans le système malgré l'inaction qu'il implique lorsque les membres permanents sont divisés. Que penser de la proposition française, née de la crise syrienne, selon laquelle les membres permanents s'engageraient dans un code de conduite à ne pas utiliser le veto en cas d'atrocités massives ? C'est une idée généreuse mais qui ne fait pas pour le moment l'unanimité des membres permanents. Elle pose le problème de l'autorité chargée de constater l'existence de crimes de masse. Recourir à la Cour internationale de justice par la voie consultative pose la question du délai nécessaire pour obtenir un avis. Utiliser un organe politique ouvre la voie à la contestation. En outre l'initiative préserve le droit de veto en cas d'invocation d'un intérêt essentiel d'un membre permanent. Quelque puisse être l'intérêt de la proposition, ses chances de concrétisation restent faibles.

Si l'on prend pour exemple l'Union européenne, le passage de l'unanimité à la majorité qualifiée, et la renonciation de facto au

compromis de Luxembourg, n'a été possible à des conditions qui sont irréalisables pour le moment au sein des Nations Unies. La disparition du véto implique une confiance réciproque approfondie entre les États membres de telle sorte qu'ils soient sûrs que les décisions majoritaires tiendront fortement compte de leur position et ne contreviendront pas fondamentalement à leurs intérêts. Lorsque l'Union pratique la majorité, les États membres savent bien que s'ils s'opposent seuls à une décision, ils courent le risque d'être minorisés. La seule issue est de négocier en sachant que, compte tenu de la confiance mutuelle, vos partenaires prendront sérieusement en compte votre proposition et s'efforceront de vous donner satisfaction dans toute la mesure du possible. Le résultat est généralement un consensus puisque l'unanimité est trouvée dans plus de 80% des cas dans lesquels l'Union statue à la majorité qualifiée. Dans ces conditions, la majorité est la meilleure amie de l'unanimité. Mais l'Union ne traite pas du maintien de la paix et son expérience n'est guère transposable aux Nations Unies. Aussi la réforme du Conseil de Sécurité est un travail de Sisyphe.

La piste réaliste, c'est la voie progressive des petits pas pragmatique pour améliorer les méthodes de travail du Conseil de sécurité. Cette voie discrète n'est certes pas glorieuse, mais elle permet d'associer un plus grand nombre de membres aux travaux du Conseil en invitant les non membres à certaines réunions du Conseil en fonction de leur intérêt pour une question, que ce soit sur un plan formel ou informel ou d'organiser des échanges avec des experts de la société civile selon la formule Aria. Ces initiatives offrent un palliatif à l'absence de réforme en accroissant la représentativité et en développant de la sorte un certain sentiment d'*ownership* qui permet d'accroître cette représentativité et ce sentiment de propriété

2. *L'*accountability

Les contributions précédentes ont proposé plusieurs variations sur ce thème. Le problème est que ce terme polysémique ne peut se contenter d'une seule interprétation. Il peut viser la responsabilité au sens juridique, mais aussi au sens politique, c'est-à-dire le fait de savoir qui est responsable de quoi dans le système. On évoqué - et l'utopie est toujours agréable - responsabilité du Conseil de sécurité par rapport au principe de légalité. Le dilemme est classique : peut-on vouloir imposer au monde entier le respect de la *rule of law* alors qu'on n'y est soi-même pas soumis ? L'Union s'est trouvée devant la même contradiction :

pouvait-elle obliger ses membres à adhérer à la Convention européenne des droits de l'homme alors qu'elle-même n'y était pas soumise ? Et malgré l'obligation imposée par le traité de Lisbonne, le problème est loin d'être résolu. Qu'on s'en réjouisse ou non, le principe aux Nations Unies c'est l'arbitraire du Conseil de sécurité. Ce dernier ne peut opérer que parce qu'il dispose d'un pouvoir discrétionnaire. Il n'intervient pas alors qu'il devrait intervenir ou il intervient, au prix d'une interprétation large, alors que peut-être il ne devrait pas intervenir. Mais il faut en revenir à Michel Virally, l'objectif est le maintien de la paix et celui-ci exige une large marge de discrétion. Le Conseil est une institution politique qui agit sur la base de modalités politiques. Vouloir imposer un contrôle de légalité est une opération délicate. Si le contrôle est exercé a priori, c'est un passeport pour la paralysie ; s'il est exercé trop tard, c'est une satisfaction morale pour les amis de la légalité, mais le mal est fait. La Cour internationale de justice a d'ailleurs limité considérablement ses modalités de contrôle. On a évoqué d'une justiciabilité procédurale qui est toujours possible, mais est-elle applicable à toutes les décisions et la doctrine de la question politique n'a-t-elle pas un rôle à jouer en ce domaine ? Regardez l'Union européenne qui connaît le même problème. Elle s'est bien gardée d'inclure la politique étrangère dans le champ des compétences de la Court de justice et la PESC n'est pas justiciable. La solution n'est sans doute pas satisfaisante, mais elle traduit l'inéluctabilité du fait politique dans certains cas. Cela n'implique pas pour autant une absence totale de justiciabilité. Dans le cadre de la PESC, les mesures restrictives à l'égard des particuliers sont contrôlables. Ne pourrait-on développer l'idée d'introduire une certaine forme de justiciabilité s'agissant des conséquences des décisions du Conseil envers les individus selon des modalités de contrôle de l'égalité et de responsabilité adaptées en tenant compte du modèle des tribunaux administratifs? Instauration d'une protection juridictionnelle effective dans le cadre des opérations de maintien de la paix ou dans le cadre de l'application des résolutions du Conseil de sécurité. Il existe certes une grande différence entre la justiciabilité de la décision politique elle-même et la justiciabilité des conséquences qu'elle produit pour les individus parce que, dans ce cas-là, ce qui est remis en cause, ce sont les modalités d'application de la décision et non la décision elle-même. Au défaut d'un contrôle au niveau de l'organisation, celui-ci sera exercé dans le cadre des États et des juridictions nationales. L'exemple de l'affaire *Kadi* devant la Cour de justice de l'Union européenne. Au défaut d'une protection juridictionnelle effective au sein des Nations Unies et en raison des réticences du Conseil de sécurité face à

l'instauration d'un contrôle juridictionnel interne, le risque encouru est que les membres laissent les résolutions du Conseil inappliquées.

Mais l'*accountability,* c'est aussi l'assurance que les ressources de l'organisation sont bien employées et que ce que paient les États sera justement utilisé pour poursuivre les finalités de l'organisation. Sur ce point, il existe une littérature abondante avec les rapports des corps communs d'inspection auxquels il suffit de renvoyer.

L'*accountability consiste* également à ce que les États, mais aussi les particuliers, sachent qui est responsable de quoi dans le système pour pouvoir imputer à chaque organe la responsabilité réelle de ses actes. C'est la lisibilité ou la transparence qui conditionne la mise en jeu de la responsabilité politique. Le système ne peut apparaître comme une chambre noire dans laquelle il est impossible de discerner les responsabilités. Au delà, il s'agit du développement des *annual reviews* ou des *peer reviews* sur les diverses obligations des États membres qui s'est mis en place avec une efficacité toute relative dans le domaine des droits de l'homme.

3. *La cohérence*

La cohérence est un élément d'efficacité d'ou ses liens avec l'a*ccountability*. Elle ne vise pas les seules Nations Unies, mais le système des Nations Unies dans son ensemble avec ses institutions spécialisées, indépendantes et l'inefficace coordination du Comité économique et social. En théorie, cette cohérence pourrait être imposée depuis le sommet, mais, pour atteindre cet objectif, le système aurait besoin d'une autorité suffisamment reconnue pour opérer une coordination. Malheureusement, le principe hiérarchique peine à s'imposer pour des raisons évidentes. Certaines institutions sont bien antérieures à l'Organisation des Nations Unies, poursuivent leurs buts propres et exercent légitimement l'autonomie qui leur est donnée. D'autre part, les États eux-mêmes déploient des stratégies spécifique à travers chaque institutions quand ce ne sont pas les diverses administrations nationales Donc dans les conditions actuelles, une réorganisation générale qui impliquerait une suppression des doubles emplois relève du vœu pieux. L'histoire montre que l'on ne supprime pas les organisations, elles peuvent se transformer, mais à l'inverse des individus, elles bénéficient d'une grande longévité, voir de l'éternité tant ils est difficile de mettre en cause les objectifs qu'elles poursuivent et de faire échec aux intérêts variés qu'ont investi en elles les États. En dehors

d'une pression extérieure importante due à des circonstances exceptionnelles, on doit placer peu d'espoirs en une rationalisation du système. Mais ne devrait-on pu essayer une autre approche. L'expérience « Unis dans l'action » dans laquelle 29 États membres, bénéficiant des programme des Nations Unies, ont construit une coordination en vue d'une intervention conjuguée sur le terrain des institutions parties prenantes sur la base d'un plan élaboré par l'État est très intéressante. SI les rapports disent et vrai, cette manière d'établir une coordination à partir de la base et sur le terrain pourrait peut-être instiller un esprit de réforme qui contaminerait progressivement les échelons supérieurs.

4. *La démocratie*

Le dernier élément – non pas parce que c'est le moindre, mais parce que c'est celui dont la réalisation est la plus lointain – touche à la place de la démocratie dans le système. Il est banal de dire que la prétendue démocratie des États n'a rien à voir avec le principe démocratique. Une démocratie fondée sur l'égalité souveraine dans laquelle Malte a le même poids que l'Allemagne constitue une pure fiction au regard du principe fondamental « one man, one vote ». Lorsque l'on évoque une démocratisation de l'institution, il s'agit d'approfondir les rapports entre les hommes et l'institution. Un premier aspect mis en place dans le cadre de la réforme des méthodes de travail touche à la transparence du système. Cette transparence a eu des effets. Qui ne se souvient des débats sur l'Iraq et de l'intervention lyriquement théâtrale du représentant de la France au Conseil de sécurité ? Des millions de personnes ont été sensibilisées à la question à travers cette retransmission télévisée. Donc plus de débats publics, plus d'ouverture, contribuent à la formation de l'opinion. Bien sûr, la transparence a ses limites et les négociations à propos des questions essentielles ne se déroulent pas dans l'arène publique. Après tout, même dans nos parlements nationaux, la politique ne se fait pas dans l'hémicycle. Donc la transparence peut aller jusqu'à un certain point, mais le cœur du pouvoir conservera toujours un certain mystère. Il n'empêche développer la transparence autant qu'il est possible sans nuire à l'efficacité du processus décisionnel est un puissant vecteur de la légitimité.

La participation démocratique reste encore du domaine de l'utopie parce qu'elle porterait atteinte au sacro-saint principe de l'égalité souveraine des États en instituant une représentation fondée sur la population. En outre, elle ne prendrait pleinement son sens que si tous

les États étaient eux-mêmes démocratiques. Même dans ce cas, l'expérience européenne est intéressante. Non celle de l'Union dont les spécificités ne sont sans doute pas transposables à un niveau universel, mais celle du Conseil de l'Europe. En son sein, l'Assemblée parlementaire, malgré son rôle consultative a connu un développement dont tous ne sont pas conscients. Force de proposition, elle est aussi le lieu où sont évoquées des questions dont les États ne traitent qu'en chuchotant qu'il s'agisse des *extraordinary renditions* ou des écoutes de la NSA ou de bien d'autres questions relatives à la démocratie et aux droits de l'homme. A ce titre, elle alimente le débat public et contribue à rendre plus difficile le recours à centaines pratiques. Transposer cette évolution à l'Organisation des Nations Unies est difficile parce que l'Organisation est trop loin des citoyens dans les effets concrets de ses actions. Il y a différents éléments d'implication possibles. On a évoqué dans nos travaux les relations avec les corps intermédiaires, les ONG, les *think tanks*, etc. Même au Conseil de sécurité, il se développe une pratique qui consiste à les rencontrer et à prendre en compte leur avis. Faut-il systématiser ces pratiques ? Que penserait-on aussi d'un véritable Comité économique et social composé, à coté des États, des forces économiques et sociales ? L'expérience de l'Organisation internationale du travail nous enseigne que tous les bienfaits de la participation des corps intermédiaires. Un organisme consultatif de ce type, serait-il seulement un cadre ouvert à l'habituelle et improductive logomachie ou laisserait-il place à des travaux plus étroitement liés aux besoins réels du terrain ? Boutros-Ghali qui soutenait la création d'une assemblée consultative composée sur le modèle du Conseil de l'Europe de délégués des parlements nationaux ? Au delà de ces choix de nature institutionnelle, le vrai challenge est de créer un espace public de discussion afin de permettre à travers le débat un début de politisation démocratique.

5. *Conclusion*

En conclusion, nul n'ignore qu'une réforme est un long processus qui aboutit rarement, s'agissant d'une réforme globale, en l'absence une pression externe telle que la survie du système soit en jeu. Ainsi le Traité de Lisbonne est le produit d'une évolution due à la crainte que les nouveaux États membres puissent bouleverser le système globalement. On disait plus positivement qu'il fallait préparer l'accueil des nouveaux partenaires, mais l'objectif c'était de protéger le système d'un

bouleversement total. La résistance au changement est généralement telle que les évolutions sont toujours contraintes. Par contre, la politique des petits pas est toujours possible. Elle implique une démarche patiente qui analyse les défaillances du système et tente de les corriger dans la durée davantage par la pratique que par des révisions des chartes constitutives, celle n'intervenant qu'en bout de course pour codifier les pratiques. Mais une telle méthode n'est praticable que si l'on dispose d'une vision globale de l'architecture future du système faute de quoi on risquerait de mettre en place des éléments incompatibles. Avec une vision globale, on construit une cathédrale. A défaut, un amas de petites constructions déplaisantes constituant un village dysfonctionnel. Donc la première étape est sans doute d'abord de construire la vision. Ensuite, viendra la mise en œuvre progressive de celle-ci au gré des circonstances.

EVOLUTION DU SYSTEME INTERNATIONAL DANS LE PASSE ET A L'HEURE ACTUELLE

Pascal LAMY*

Je vous remercie de m'avoir invité à contribuer aux travaux d'un cercle aussi prestigieux que celui qui vous réunit. Vous comprendrez aisément que mes propos soient plutôt inspirés par des considérations pratiques que par des considérations théoriques ou juridiques. Chacun − c'est une des lois du système international − essaie de se spécialiser dans ce qu'il fait le mieux.

Avant de regarder l'avenir − et je le ferai en partie en croisant les propos du Professeur Jacqué – je voudrais faire une ou deux observations sur l'évolution du système international dans le passé et à l'heure actuelle.

Pour ce qui est du passé, je me fonde sur mon expérience. Je dis souvent que j'ai eu la chance de connaître les trois principaux états de la gouvernance : le national – qui est solide −, l'européen – qui est liquide − et l'international − qui est gazeux −.

Nous connaissons toute l'histoire de l'édification des organisations internationales, depuis les organisations techniques au XIX^{e} siècle, les tentatives qui ont suivi la Première guerre mondiale et la grande impulsion de l'après la Seconde guerre mondiale qui s'est poursuivie dans les décennies suivantes.

L'impulsion qui avait conduit à la construction de règles et d'institutions régissant la vie internationale (internationale au sens d'inter-nations, c'est-à-dire entre les nations) s'est arrêtée vers le milieu des années 90.

Depuis ce moment, on n'a pas connu d'avancées comparables à la création de la Convention sur la mer, de la Cour pénale internationale ou à la conclusion de l'Uruguay Round, et ce ne sont que quelques exemples. Il faut avoir ce bilan en tête quand on raisonne sur l'avenir. A mon avis, la principale raison de cette mise à l'arrêt ou, en tous cas, de ce ralentissement vient du bouleversement géoéconomique et donc

* Président *emeritus* de l'Institut Jacques Delors et ancien Directeur général de l'OMC.

géopolitique mondial, à savoir l'émergence de nouvelles puissances économiques, donc politiques.

C'est en 2012 que, pour la première fois depuis que l'on comptabilise la taille des économies, la production des pays que l'on appelait « pays en développement » est devenue supérieure à celle des pays que l'on appelait « pays développés ». Cela entraîne un certain nombre de transformations fondamentales. Sans être complètement marxiste, il faut bien admettre que c'est de l'évolution de la technologie et des économies que viennent les forces principales qui structurent le système international. Or, pour de nombreuses raisons, ces nouveaux venus ont un problème d'ajustement. Jusqu'à maintenant, la matrice idéologique, culturelle, politique, juridique du système international a été cent pour cent occidentale. A l'heure actuelle, nous traversons une phase qui exige un réajustement du système à ces nouveaux rapports de force économiques et politiques ; et, compte tenu de l'extrême viscosité des processus internationaux dont Jean Paul Jacqué vient de parler, j'ai le sentiment qu'il y en a encore au mois pour une ou deux décennies. Voilà ma première observation sur le passé.

Ma deuxième observation est un peu plus proche de vos propres sujets et provient de mon vécu dans un système national, puis dans le système européen et enfin lorsque j'étais directeur général de l'OMC. Je souhaiterais que l'on fasse une distinction sémantique entre une organisation internationale et une institution internationale. Sur le plan conceptuel il y a, à mon sens, une frontière importante entre les deux, même si elle n'est pas toujours très nette, et c'est à cette frontière qu'il faut s'intéresser pour comprendre comment fonctionne le système international, y compris dans ses interstices et dans ses coins d'ombre.

Je m'explique. Une organisation internationale est quelque chose que ses membres, États-nations souverains, ont décidé de constituer et qui fonctionne à partir de leur volonté et de leur consensus. Elle repose sur le fameux concept de « member-driven ». Pour sa part, une institution internationale est une organisation internationale qui a acquis, par divers moyens, un pouvoir qui va au-delà du consensus de ses membres ; et c'est là, pour vous juristes, qu'il y a une zone à explorer et sur laquelle à mon sens vous ne portez pas assez votre regard : cela concerne les méthodes de travail.

Un exemple, parmi beaucoup d'autres, est de déterminer qui a le droit, la possibilité, la capacité de mettre des propositions sur la table. Il y a des institutions et des organisations dans lesquelles il n'y a que les membres qui peuvent faire des propositions. Il y en a d'autres dans lesquelles les secrétariats permanents ou les dirigeants de ces

organisations en ont la capacité. Je pense à cet exemple, car très souvent c'est cela qui va faire la différence. Alors que les textes, les principes, les constitutions de ces organisations ignorent le plus souvent ces détails, dans la vie de tous les jours c'est cela qui compte.

D'ailleurs, ce n'est pas tout à fait un hasard. J'ai bien écouté le Professeur Jacqué, y compris lorsqu'il dit – et je suis d'accord avec lui – que «l'Union n'est pas une organisation internationale». Je pense que ce n'est pas un hasard si les pères fondateurs de l'Union européenne ont doté la Commission européenne d'un monopole de proposition ; en ce sens, c'est elle qui représente l'intérêt général. Donc je choisis cet exemple plutôt que d'autres exemples plus classiques, comme le Mécanisme de règlement des différends. Si vous regardez comment fonctionnent l'Union internationale des télécommunications, l'Organisation mondiale de la santé, l'Organisation internationale du travail ou l'OMC, les différences dans la pratique sont de ce point de vue importantes et très souvent les juristes ne les voient pas parce qu'ils mettent tout dans le même sac.

Pour revenir à l'OMC, que j'ai bien connue pendant une quinzaine d'années, il est vrai que c'est à la fois une organisation et une institution. C'est une organisation quand il faut légiférer et c'est une institution quand il faut mettre en œuvre les règles qui ont été décidées. Ella a donc un caractère hybride. Si vous prenez d'autres organisations similaires, vous trouverez le même type de mélange et il faut y porter attention lorsque l'on raisonne sur les organisations internationales.

Un mot maintenant sur l'avenir pour évoquer trois tendances. Une remarque sur ce que le Professeur Jacqué appelait la «vision globale du système» ; une deuxième sur les façons de faire, c'est-à-dire l'évolution des pratiques et une troisième, plus générale, sur l'articulation de la globalisation (au sens économique et technologique du terme) et des systèmes de gouvernance − le droit international et les institutions −.

D'abord le système dans son ensemble, tel qu'on peut le projeter d'ici dix ans. J'ai compris que c'étaient aussi des questions que vous vous posez dans cette session. Mon triangle de départ ressemble d'assez près à celui de Jean-Paul Jacqué. C'est un triangle de légitimité, de cohérence et d'efficacité. L'expérience prouve que pour diverses raisons – et il en a données suffisamment pour que je ne m'étende pas sur ce point – il n'est pas possible au niveau international de produire à la fois de la légitimité, de la cohérence et de l'efficacité (contrairement à ce qui se passe dans les systèmes nationaux), pour des raisons qui tiennent à la structure du système international et notamment à la souveraineté des

États-nations qui, quoi qu'on en pense, reste le fondement du système international.

On en connaît les raisons : la légitimité internationale ne peut être que secondaire par rapport à la légitimité première des États-nations souverains. Les problèmes de cohérence sont considérables puisque le système a été fondé sur la base d'organisations spécialisées, créées au coup par coup en fonction de la volonté des États-nations souverains de coopérer sur tel ou tel sujet (l'agriculture, le commerce, la santé, le travail, les télécommunications, la finance, le développement, etc.).

Il y a aussi des problèmes d'efficacité qui tiennent tout simplement au fait que l'on a déjà du mal à faire fonctionner une administration nationale de manière efficace, pour des raisons qui tiennent essentiellement à la sociologie des organisations bureaucratiques. Ces difficultés sont décuplées au niveau international puisque les administrations internationales sont encore plus loin d'un contrôle politique − dont chacun sait qu'il a beaucoup de mal à s'exercer au niveau national. Aussi longtemps que l'on restera attaché au principe westphalien (plus ou moins modéré par quelques règles communes), on ne pourra pas envisager une organisation internationale qui assure un niveau satisfaisant d'efficacité. J'ai le sentiment que c'est aussi vrai sur le plan théorique que sur le plan pratique.

Ce qui se dessine permettra néanmoins peut-être d'aller dans une direction qui aidera le système international à produire chacun des trois éléments fondamentaux de la gouvernance, si l'on admet que l'on n'est pas dans un système unique. On est dans un système qui relie plusieurs systèmes, en l'occurrence, les Nations Unies (au sens politique du terme), les organisations internationales spécialisées, et une structure comme le G20. Les Nations Unies sont légitimes, mais inefficaces. Les organisations internationales sont efficaces, mais ne sont pas légitimes, ni cohérentes. Le G20 peut être cohérent, mais n'est ni légitime, ni efficace – ne serait-ce que parce que toute orientation sortant du G20 n'est mise en œuvre qu'à travers le système internationale classique –. L'idée que le G20 prend des décisions est une formidable approximation médiatique. Le G20 produit des consensus sur un certain nombre d'orientations et ces orientations ne sont mises en œuvre que si elles trouvent leur place dans le système international.

Au fond, ce que je vois se dessiner est un système dans lequel chacun maximise son avantage comparatif. Donc le G20 se spécialise dans la cohérence ; les organisations spécialisées se spécialisent dans l'efficacité – parce que ça elles savent faire et elles ont l'expertise qu'il faut – et les Nations Unies se spécialisent dans la légitimité, dans le

débat public, la responsabilité ou l'*accountability*. Le problème reste de trouver une liaison correcte entre les trois côtés du triangle. Je pense que si l'on arrive à structurer correctement chacun des trois côtés du triangle et à créer les relations nécessaires entre ces trois pôles, même si l'on n'arrive pas à ériger une cathédrale romane, on aura peut-être un dispositif un peu plus baroque mais probablement plus efficace.

On en a un assez bon exemple dans ce qui a été fait depuis la crise de 2008 en matière de régulation financière. Avant la crise, le secteur de la finance était une un des grands vides de la régulation internationale, car c'était l'industrie la plus globalisée et la moins régulée à l'échelle globale. La crise de 2008 a provoqué une avancée. Je pense, par exemple, à la création du Forum de stabilité financière et à la Banque des règlements internationaux (qui est en réalité devenue le secrétariat permanent d'une «Organisation mondiale de la finance» qui ne dit pas son nom) qui a été créée à l'initiative du G20 et qui maintenant doit se coordonner notamment avec le Fond monétaire international et, évidemment, *a fortiori* avec toutes les autorités prudentielles nationales. Ce n'est pas une architecture très pure, mais c'est quelque chose qui peut produire des résultats et c'est cela qui compte.

La deuxième tendance ressort des résultats d'une commission que j'ai eu la chance de présider pendant deux ans et qui a rendu son rapport au mois d'octobre 2013. Il s'agit du rapport de l'Oxford Martin School, mené par une commission mondiale à laquelle participaient entre autres Amartya Sen, Arianna Huffington, Mme Bachelet – qui est maintenant devenue présidente au Chili –. Le rapport portait sur l'examen des défis des générations futures en matière de démographie, d'environnement, d'inégalités, de géopolitique. Dans ce rapport nous avons fait des suggestions pour améliorer les systèmes internationaux de gouvernance, y compris ceux qui touchent aux organisations internationales. Nous l'avons fait en utilisant une méthode un peu particulière qui consiste à regarder au cours des deux ou trois dernières décennies ce qui a marché et ce qui n'a pas marché dans la gouvernance internationale. On a pris dix exemples qui avaient marché et dix exemples qui n'avaient pas marché en demandant aux experts de cette école de l'Université d'Oxford de nous disséquer tous ces exemples et de nous dire pourquoi ce qui a marché a marché et pourquoi ce qui n'a pas marché n'a pas marché. Exercice pragmatique − c'est comme cela d'ailleurs que l'on peut mettre d'accord des personnalités de provenance aussi différente sur divers continents − et dont les leçons sont très éclairantes. A ceux que cela intéresse, je recommande ce rapport que l'on peut trouver sur le site Internet de l'Oxford Martin School.

Que nous dit-il sur le système international? Pourquoi, par exemple, cela a-t-il à-peu-près bien marché en matière de lutte contre le SIDA, en matière de réparation de la couche d'ozone, en matière de préparation de l'échéance de l'an 2000? Pourquoi cela n'a-t-il pas marché en matière de réglementation financière avant 2008, en matière de surpêche dans les océans ou en matière de limitation des émissions de gaz carbonique? Ce ne sont que quelques exemples parmi ceux que l'on a examinés. Une des grandes leçons de cet examen est que des solutions ont pogressé lorsque des coalitions se sont substituées au fonctionnement normal du système international. Autrement dit : cela a marché lorsque la structure en charge (qui était une structure classique, interétatique, au sens westphalien du terme) a été mise de côté et que l'action a été menée par une coalition réunissant, certes des pouvoirs publics − mais pas toujours des pouvoirs publics nationaux −, mais aussi des organisations de la société civile, des grandes corporations et des grandes firmes multinationales. C'est lorsque des coalitions de ce type ce sont mises en place que cela a marché et c'est lorsque l'on est resté dans le système international classique que cela n'a pas marché.

Cette observation est importante si l'on prend, par exemple pour revenir au thème du débat d'aujourd'hui, le Conseil de sécurité des Nations Unies et le Conseil d'administration du Fonds Global sur le SIDA. En gros, il y en a un qui est du XIX^{e} siècle (même si il a été décidé au XX^{e} siècle) et un autre qui est clairement du XXI^{e} siècle. Qui décide autour de la table du Fonds Global sur le SIDA (qui est maintenant la principale organisation de financement de la lutte contre le SIDA)? C'est un mélange hétéroclite de représentants d'État, de représentants d'organisations de la société civile, de représentants de l'industrie pharmaceutique, de représentants des grands donateurs, notamment américains, qui mettent un ou deux milliards de dollars sur la table tous les ans. C'est un dispositif totalement différent du dispositif précédent et je crois qu'il faut accepter d'aller dans cette direction.

Pour ce qui est de l'engagement des acteurs classiques que sont les États, la réalité montre que les acteurs publics les plus présents dans ces coalitions récentes ne sont souvent pas les États mais les villes. Autrement dit, il y a une sorte d'irruption des cités dans la gouvernance et c'est normal compte tenu de la taille qu'elles prennent sur la planète. C'est quelque chose qu'il faut aussi intégrer dans la nouvelle donne parce qu'en principe – sauf à l'époque de la Ligue Hanséatique et de Venise –, ce n'étaient pas les cités qui étaient les principaux sujets du droit international.

Si l'on se projette dans l'avenir, je crois qu'il faut se faire à l'idée

que des organisations comme celles-ci, constituées en tant qu'acteurs globaux, sont promises à un avenir international. D'ailleurs, dans les propositions que nous avons formulées pour essayer d'améliorer le système, certains concernent le système international et les organisations internationales, à commencer par l'idée de doter les organisations internationales d'une clause qui les obligerait tous les 10 ans à revoir leur mandat, leur composition, leurs ressources, leur budget, leurs effectifs. C'est une hygiène qui manque au système actuel et qui explique un certain nombre de viscosités que nous connaissons, y compris les phénomènes de *mission creep* qui ont été très bien analysés par ailleurs.

Ma dernière observation est un peu plus théorique et porte sur les vrais enjeux d'organisation de ce système international. Nous connaissons le fond de tableau. Il est là et il ne va faire que se renforcer dans les décennies à venir. C'est la globalisation avec sa motorisation technologique, ses effets d'interpénétration économique, et notamment la considérable transformation que cette globalisation a produite dans les systèmes de production des biens et des services en les déterritorialisant, en les dénationalisant. C'est tout ce que j'ai mis en avant lorsque j'étais DG de l'OMC sur le thème « Made in the world ». Il s'agit simplement du fait que économie internationale s'intègre comme en leur temps les économies nationales, et que la notion de frontière politique ne correspond absolument plus à la réalité des processus économiques. Les deux tiers du commerce international concernent aujourd'hui des composants et, en moyenne, la production d'un bien ou d'un service implique 5 ou 6 pays différents. Elle impliquait 2 ou 3 pays il y a 20 ans, 5 ou 6 aujourd'hui, et se fera dans 10 ou 15 pays d'ici 20 ou 30 ans. Ces processus d'intégration sont là et vont se poursuivre. Ils intègrent les systèmes économiques et, à mon avis, la grande question que nous devons nous poser pour l'avenir est de savoir de combien d'intégration sociale, sociétale et politique, cette intégration économique a besoin.

Il faut vraiment faire preuve d'imagination pour préparer cet avenir. C'est la question que posait déjà Karl Polanyi quand il parlait d'encastrement ou de dés-encastrement de l'économie et de la société. Nous avons vécu pendant des siècles dans des systèmes dans lesquels nous cohabitions avec différents systèmes de valeurs, différentes préférences collectives sur le plan politique, sur le plan humain, sur le plan de la précaution adoptée en matière de santé et d'alimentation. C'était possible. Il fallait aménager cette cohabitation, mais au fond nous vivions séparément. Ce monde-là est en train de s'achever. Nous ne vivons plus séparément et pourtant nous savons très bien que nous ne

pouvons pas vivre de manière homogène. Ce serait une utopie probablement assez dangereuse. Donc, à mon avis, la grande question pour l'avenir, y compris pour vous juristes, est de savoir non plus comment on peut vivre sans conflits majeurs les uns à côté des autres − ça c'est la paix au sens des Nations Unies −, mais comment vivre sans conflits majeurs ensemble. Vivre ensemble, ce n'est pas vivre en cohabitation ou en coexistant.

Cette question nous ramène aux principes juridiques fondamentaux du système international : quelle subsidiarité ? Pouvons-nous, nous Européens, vivre dans un monde dans lequel nous avons de plus en plus d'échanges commerciaux avec les Américains, sans partager la même préférence, par exemple, sur le rôle de la peine de mort ? Oui, jusqu'au moment où les Européens pour des raisons morales cessent d'exporter des produits létaux aux États-Unis.

L'OMC vient d'avoir à traiter un contentieux sur la question de savoir si les Européens ont raison d'interdire l'importation de fourrure et de viande de bébé phoque parce que le Parlement européen considère que la manière avec laquelle les Inuits exploitent cette ressource − qui leur appartient − ne correspond pas aux normes européennes sur le bien-être des animaux. En quoi les Européens et les Inuits ont-ils besoin de partager une norme commune sur le bien-être des animaux? C'est une question concrète. Elle a été posée là, comme souvent par voie de contentieux, sous un angle un peu particulier. Mais la vraie question est la suivante : Quel degré d'harmonisation de nos préférences collectives cette globalisation économique va-t-elle impliquer? C'est à vous de l'étudier de près parce qu'encore une fois, il y a des domaines dans lesquels c'est absolument nécessaire et il y des domaines dans lesquels ça l'est moins. A bien des égards, le droit international est concerné par la gestion de cette interface.

Compte tenu de la force de cette globalisation technologique et économique, je pense qu'il faut vous mettre dans l'esprit qu'on va petit à petit abandonner cette notion ambiguë de communauté internationale parce qu'il n'y a pas de communauté internationale. Il n'y pas de communauté entre des nations. Il n'y a que des communautés mondiales. A mon avis, une des grandes questions que vous allez avoir à vous poser à l'avenir est effectivement de déterminer comment vous sortez de l'univers juridique qui est le vôtre, celui de l'international, pour aller vers le mondial, ce qui est différent.

Pour conclure, je voudrais juste dire un mot sur les crises. Je crois que l'expérience montre que si l'on regarde les progrès de la gouvernance internationale depuis la fin du XIX^{e}, à 80%-90% ils ont été

provoqués par des crises ou des catastrophes. Si l'on prend la période récente, il a fallu, par exemple, la crise de 2008 pour que le G7-G8 se transforme en G20. C'était une évidence depuis longtemps que le G7-G8 n'avait plus beaucoup de sens du point de vue géoéconomique. Tout le monde le savait, mais il a fallu la crise pour passer au G20. Je ne dis pas que le G20 est absolument efficace. Mais ce que nous révèle l'expérience des dernières années est qu'il a fallu cette crise pour créer celle que j'ai appelée tout à l'heure «l'Organisation mondiale de la finance» qui siège à Bâle.

L'autre moyen de faire avancer ces sujets, on le connaît : c'est l'opinion publique. Ce sont les citoyens et la pression qu'ils exercent sur leur gouvernement lorsqu'ils prennent conscience des réalités internationales au fur et à mesure de l'augmentation de leur niveau de vie, des projets de l'éducation, de leur accès aux moyens d'information. C'est là que des mécanismes intelligents d'*accountability* peuvent jouer un rôle de courroie de transmission entre la conscience des opinions, qui s'améliore petit à petit, et la pression qui peut être exercée sur les gouvernements.

De ce point de vue-là, la meilleure invention qui a été produite récemment, ce sont les Objectifs du Millénaire qui ont été une sorte de coup d'État institutionnel de l'équipe qui entourait à l'époque Kofi Annan et qui a effectivement mis en place une *machinery* qui a produit de l'*accountability*.

J'ai assisté aux réunions des Nations Unies pendant lesquelles les chefs d'État et de gouvernement démontraient que les Objectifs du Millénaire ont eu un véritable impact sur leur comportement national. C'est d'ailleurs l'une des raisons pour laquelle la nouvelle tranche post-2015 des Objectifs du Millénaire sera difficile à déterminer, car les diplomates ont été vaccinés. On les a pris une fois de court en mettant en place un mécanisme d'*accountability* qu'ils n'avaient pas prévu, ni imaginé, et qui tout intrusion dans le processus de légitimation nationaux.

Il y a donc deux voies et, comme on ne peut pas souhaiter qu'il y ait des crises pour améliorer le système de gestion des crises − car ce n'est pas très rationnel −, l'autre voie est celle de l'*accountability*. De ce point de vue-là, ce qui se passe au Conseil des droits de l'Homme est un assez bon exemple d'*accountability*. Le grand changement vient de ce que l'on a maintenant mis en place des examens, des *peer review*. Tout cela se fait en public, sous l'attention des médias nationaux. Quand un pays est passé en revue au Conseil des droits de l'Homme, les médias nationaux sont très attentifs à ce qui s'y passe et cela peut avoir de l'impact.

En conclusion, je pense que l'*accountability* est la bonne courroie de transmission pour faire évoluer la gouvernance internationale en dehors des crises.

LE ROLE DES NATIONS UNIES DANS LA PAIX ET LA SECURITE MONDIALES

Alain LE ROY*

Grazie agli organizzatori di questo prestigioso Convegno e, in particolare, al prof. Michele Vellano per il gradito invito. Mi piacerebbe fare la mia presentazione in italiano, ma siamo in Valle d'Aosta dove il francese è una lingua ufficiale e mi sentirò più a mio agio a parlare in francese.

Je parlerai donc en français, ce qui me paraît plus naturel. Après ces brillants exposés, portant à la fois sur la vision globale un peu théorique et sur la vision globale tirée de considérations pratiques, vous me permettrez de partir de plus bas. J'adopterai une approche *bottom up* qui me paraît plus utile. Je ferai des considérations tirées de mon expérience de terrain parce que j'étais Secrétaire général adjoint chargé des opérations de maintien de la paix aux Nations Unies de 2009 à 2011.

D'abord, je rebondis sur deux ou trois considérations. Je veux dire que je valide l'expression État-nation solide, Europe liquide et international gazeux. Je vais parler du gazeux, d'après mon expérience aux Nations Unies, pour reprendre le titre de cette session.

Le fait qu'il y a besoin d'une réforme des Nations Unies est une évidence ; c'est évident, en particulier, pour le Conseil de sécurité tiré de la Deuxième guerre mondiale.

Le deuxième domaine dans lequel les réformes sont urgentes et n'ont pas été faites, c'est celui des différentes agences des Nations Unies. Je ne vais pas les passer en revue. Certaines fonctionnent remarquablement (le HCR, le PAM, l'UNICEF) de façon à la fois légitime, cohérente et efficace. Pour la crise en Syrie, si le HCR n'était pas là aujourd'hui, ça serait majeur. Si le PAM n'était pas là, ça serait majeur aussi. En même temps, il y a aussi concurrence entre un grand nombre de ces agences, entre ce que fait le PNUD et autres. En plus, par définition, chacune a un statut particulier qui n'a pas été mis en cohérence avec les autres et chaque agence naturellement a tendance à

* Ambassadeur de France à Rome de 2011 à 2014 et ancien Secrétaire général adjoint de l'ONU, chargé du Département des opérations de maintien de la paix.

élargir son périmètre d'action, en particulier vers les domaines qui sont plus attirants pour les bailleurs de fonds. Par exemple, construire des écoles est déjà plus intéressant qu'autre chose. Je passerai vite là-dessus, mais il manque des réformes absolument évidentes sur lesquelles malheureusement je vois que rien n'est fait, rien n'avance.

Au moment du soixantième anniversaire des Nations Unies en 2005, Kofi Annan avait quand même tenté quelque reforme. Deux de ces reformes ont dérivé quelques éléments importants. Le Conseil des droits de l'homme a été créé en 2006 ; ce n'est pas parfait mais c'est un progrès. La Commission de consolidation de la paix et ONU Femme sont aussi les résultats de ce processus. Les autres tentatives de reforme, par exemple de l'ECOSOC, n'ont pas donné beaucoup de résultats. Ce qui m'inquiète encore plus c'est que pour le soixante-dixième anniversaire je ne vois rien sur la table. La pression dont vous parliez, je ne la sens pas et il me semble que les pressions doivent s'exercer. C'est une inquiétude que je ressens.

Maintenant, je reviens au thème que je connais le mieux, c'est-à-dire le rôle des Nations Unies dans la paix et la sécurité mondiales. Je ne rappelle pas les articles de la Charte, car vous les connaissez. On a parlé de cathédrales et il me semble que dans l'architecture des Nations Unies − fondée sur légitimité, cohérence et efficacité (bien sûr discutables) avec au centre le Conseil de sécurité − il y a un aspect de cathédrale. Il s'agit d'une architecture qui existe depuis 1945. Je rappelle que la SDN a duré moins de 20 ans ; là, on en est à peu près à 70 ans. Mon expérience, c'est que le Conseil de sécurité reste central, même s'il est vilipendé, critiqué et parfois mis sur le côté quand on parle d'affaires sérieuses comme l'Iraq ou le Kossovo. Il reste central sur tous les sujets, il se saisit de tous les sujets. Le dialogue entre les grandes puissances reste là, y compris sur les sujets sur lesquels il n'intervient pas fortement. Sur l'Ukraine, évidemment que le Conseil de sécurité de l'ONU n'a aucun rôle, néanmoins il s'y discute un certain nombre de choses qui permettent ensuite aux acteurs de bouger. Il m'est arrivé dans la même journée de faire des rapports, un sur l'Afghanistan, l'autre sur le Congo et le dernier sur Haïti et c'est au Conseil de sécurité que ça se passe, ce n'est pas ailleurs, et à chaque fois ça a des implications dans les pays concernés.

Maintenant, sur la légitimité du Conseil de sécurité. Cet organe a été contesté, il a une composition tout à fait inadéquate qui n'a pas suivi l'évolution du temps. Mon pays, la France, était entièrement favorable à une reforme du Conseil de sécurité. Elle pousse depuis des années l'élargissement des membres permanents, l'élargissement des membres non permanents. On est prêt à aller jusqu'à 25 membres au total, dont 11

membres permanents. La France a fait des tas de propositions là-dessus, y compris des propositions de reformes intérimaires. Maintenant, toutes ces questions sont sur la table et il faut reconnaître que les membres permanents (en tous cas, Russie, Chine et peut-être États-Unis) ne sont pas ceux qui veulent le plus de reformes. Parmi les membres permanents, je crois que le Royaume-Uni et la France sont à la pointe de la demande. On connaît parfaitement les raisons pour lesquelles ces reformes ne se font pas. On voit bien toutes les difficultés. La position de l'Italie et de l'Allemagne ne sont pas convergentes. On voit bien aujourd'hui, avec ce qui se passe en Mer de Chine, que la Chine est encore plus réticente à envisager l'arrivée du Japon au Conseil de sécurité. En Afrique, on voit bien la rivalité Nigeria-Afrique du Sud et Egypte-Algérie. Evidemment la France est favorable à l'élargissement du Conseil de sécurité, mais je sens bien que malheureusement les choses avancent très peu et que la pression internationale est trop faible. Néanmoins les grandes décisions restent prises par ce Conseil de sécurité. Je trouverais logique que les ONG et l'opinion publique mondiale s'en saisissent un peu plus.

Ma deuxième observation porte sur le droit de veto. Je vais faire deux ou trois considérations. Le Prof. Jacqué l'a dit : la France a, à nouveau, proposé ce qu'on appelle un « Code de conduite sur le droit de veto » qui serait adopté volontairement par les 5 membres permanents, les seuls qui ont le droit de veto aujourd'hui. En signant ce Code de conduite, ils s'interdiraient volontairement de faire appel à ce droit de veto en cas d'atrocités de masse, de crimes contre l'humanité et de crimes de guerre à grande échelle. Malheureusement, là-dessus les trois grands membres permanents que j'ai cités tout à l'heure (Russie, Chine et même les États-Unis) ne sont pas favorables et même le Royaume-Uni n'est pas encore très favorable. A nouveau, je suis étonné que l'opinion publique internationale ne se saisisse plus de la question du droit de veto.

Juste un chiffre : vous voyez bien que dans le cas de la Syrie aucune résolution ne peut passer au Conseil de sécurité à cause du veto russe. Dans ces cas-là, on demande assez régulièrement à l'Assemblée générale de se prononcer. Sur la Syrie, l'Assemblée générale a plusieurs fois pris des résolutions pour condamner les violations des droits de l'homme commises majoritairement, mais pas seulement, par le régime en place de Bachar el-Assad. Je regarde à chaque fois les votes et c'est assez intéressant : sur 193 membres des Nations Unies, il y a en moyenne 120 votes pour condamner, une cinquantaine de votes qui s'abstiennent et 12 votes contre. C'est toujours 12 pays qui refusent la moindre

condamnation : Russie, Chine, Zimbabwe, Corée du Nord, Iran, Cuba, Nicaragua, etc. Je trouve que c'est un exemple intéressant.

Je vais faire maintenant quelques considérations tirées vraiment du terrain à propos du sujet d'aujourd'hui, c'est à dire le principe de l'égalité au quotidien. Je vous raconterai vraiment ce que j'ai eu à faire, étant le patron des Casques bleus pour faire face aux problèmes de politique internationale. Le premier exemple qui me vient à l'esprit, c'est le rapport entre paix et justice. J'ai été confronté à ce rapport très directement. Soudain, le Conseil de sécurité a décidé, comme il en avait le droit, de soumettre à la Court pénale internationale CPI le cas de Monsieur Bashir, le Président du Soudan. M. Bashir a été inculpé de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité. Juridiquement, c'était impeccable. La difficulté, c'était que jusqu'en 2011 il y avait deux grands conflits au Soudan, un au Darfour et l'autre au Soudan du Sud, dans lesquels l'ONU a dû intervenir avec deux opérations des Casques bleus, l'une de 20.000 hommes au Darfour et l'autre de 10.000 au Soudan du Sud. Mon rôle, c'était de faire fonctionner ces opérations pour protéger des populations civiles qui étaient extrêmement en danger. Comment faire lorsque le président du pays dans lequel vous travaillez est inculpé? Si je cessais toute relation avec le régime, il était quasiment sûr qu'il allait expulser les missions de paix. J'ai été obligé d'avoir un accord minimal pour qu'il accepte de nous laisser protéger les populations en très grand danger au Darfour et au Soudan du Sud. Concrètement, il y avait des petits compromis au quotidien. Je demandais au Secrétaire général si j'avais le droit de lui serrer la main et le service juridique des Nations Unies m'expliquait que j'avais le droit d'interagir avec lui dans l'exercice de mon mandat. Même Ban Ki-moon, le Secrétaire général, était obligé d'interagir avec lui, avec quelqu'un qui avait été inculpé et qui avait refusé de se soumettre à l'injonction de partir à La Haye. Voilà un exemple très concret. Sur le thème paix-justice, je soutiens tout à fait l'action de Mme Bonino « No peace without justice ». Simplement, un acteur du terrain sait que, parfois, paix et justice sont convergentes dans le moyen terme, mais pas forcément dans le court terme. Cela n'est qu'un exemple, j'en aurais beaucoup d'autres à citer.

Je voudrais signaler des chiffres, qu'en Europe sont totalement inconnues, pour montrer la « relevance » − comme on dirait en anglais − de l'ONU. Le nombre de morts au Soudan depuis presque 40 ans est de l'ordre de 2 millions de victimes, surtout au Soudan du Sud. Je rappelle qu'au Congo la guerre a fait aussi 4 millions de morts, tandis que le strict conflit israélo-palestinien depuis 1947 en a faits beaucoup moins. Je fais

ces trois références pour dire que l'ONU s'occupe toujours des conflits moins nobles, ceux dont personne ne veut s'occuper. Il me semble que ça montre la relevance, l'utilité, la légitimité de l'ONU − pas l'efficacité parce qu'on ne protège pas toutes les victimes. L'ONU a un certain rôle en particulier au Soudan et en RDC, où chaque jour les soldats de l'ONU réduisent incroyablement le nombre de morts. Bien sûr, il y en a, il y a encore des femmes qui sont violées et l'ONU est critiquée tous les jours là-dessus, mais si elle n'était pas là, personne ne ferait ce travail à sa place et il y aurait des centaines de milliers de morts.

Je voudrais donner un autre exemple concernant le principe de l'égalité et l'action concrète de terrain en matière de politique internationale. Je parlais du Soudan et je continue là-dessus, notamment en abordant l'arrivée à l'indépendance du Soudan du Sud. Ce pays avait connu 40 ans de guerre avec 2 millions de morts. Comment arriver à l'indépendance alors que évidemment les citoyens voulaient avoir un référendum et le gouvernement de Khartoum s'y opposait? C'était très compliqué et finalement on y est arrivé grâce à une séance en marge de l'Assemblée générale réunissant tous les chefs d'État de la région. On a finalement créé ce 193^{e} État des Nations Unies. Je ne sais pas dire si c'était la bonne décision, compte tenu du conflit qui a lieu en ce moment au Soudan du Sud puisqu'ils n'avaient plus un même ennemi commun. Un grand principe d'égalité est quand même arrivé à ce référendum, qui a été finalement reconnu par Khartoum et qui a permis l'émergence du troisième État.

Un autre exemple, et une autre discussion concrète, porte sur la responsabilité de protéger (R2P) *versus* la protection des civiles. En 2005, il y a eu un grand progrès dont, je suis sûr, on se félicite dans toutes les sociétés de loi internationale et dans les Nations Unies : l'émergence du concept de responsabilité de protéger. Néanmoins, pour le moment, ce concept est très peu opérationnalisé. Il y a un cas dans lequel il y a été fait référence dans les résolutions du Conseil de sécurité et c'est la première résolution sur la Lybie, la 1970 (mais pas dans la 1975 qui était la résolution opérationnelle sur la Lybie). Je lis dans tous les journaux qu'on a fait référence à la R2P et c'est faux. Le thème qui revient, c'est le thème de la protection des civiles et il y a encore une très grande confusion entre la responsabilité de protéger et la protection des civiles. « Protection des civiles » c'est un terme classique dans toutes les résolutions, tandis que la R2P est encore au début et on sait qu'un certain nombre de pays a des difficultés avec cette notion.

Un autre sujet tiré de l'expérience est celui des élections de novembre 2010 en Côte d'Ivoire poussées par la CPI (ce qui était bien

légitime parce qu'il n'y en avait pas eues depuis dix ans). Le Conseil de sécurité a passé une résolution qui donne à l'ONU et à son Représentant spécial sur place le rôle de certifier les élections. La nouvelle invention juridique m'a créé directement des problèmes puisque, juste après les élections, la Commission électorale nationale a proclamé M. Gbagbo élu et mon représentant, M. Choi, a dit au contraire que M. Ouattara avait gagné. Après, il y a eu un conflit et la situation était extraordinairement compliquée, comme vous le savez. Il y a eu près de 3.000 morts en cette période et puis, *in fine*, une décision du Conseil de sécurité a été prise que j'ai beaucoup poussée. Je me souviens encore de l'article 6 qui disait : « Shall use all necessary weapons to prevent the use of heavy weapons against the civilian operation ». Au nom de ce petit article, j'ai pu lancer l'opération qui a tranché les choses.

Voici un autre problème auquel j'ai été confronté dans le cas du Kossovo. C'est peut-être un peu une provocation à l'égard des grands juristes internationaux qui sont ici. Décision de la CIJ sur la validité ou non de la Déclaration unilatérale d'indépendance du Kossovo. Je l'ai lue attentivement car j'ai travaillé au Kossovo. Cette résolution, dont la construction juridique était extraordinairement subtile et remarquable, au total déclare valide la déclaration unilatérale d'indépendance du Kossovo. Après, j'ai regardé les votes et qui, parmi les 15 membres, avait voté en faveur de la validité. Il y avait 11 voix pour et 4 voix contre, mais bizarrement les 11 voix pour venaient de juristes de pays qui avaient reconnu l'indépendance du Kossovo et les 4 qui avaient voté contre venaient de pays qui n'avaient pas reconnu l'indépendance du Kossovo. Je me permets de lancer cette provocation.

Encore un exemple très clair et très compliqué tiré de mon expérience : l'immunité ou la non immunité des Casques bleus. Un Casque bleu, comme tout soldat dans le monde, peut commettre des exactions, mais il est impossible pour l'ONU de le juger. Il était jugé dans son pays, mais je n'avais aucun moyen pour forcer juridiquement le pays à le condamner et même à le juger. La seule chose que je faisais c'était le *naming and shaming* en disant qu'un pays devait juger et qu'il ne l'avait pas fait. Effectivement, la seule action qu'on pouvait avoir, c'était de ne pas réemployer ce pays, mais en même temps j'avais besoin de soldats et je n'en avais pas beaucoup. Donc l'immunité, c'était une autre difficulté.

Je souhaiterais ajouter aussi une anecdote sur un cas où, au contraire, l'incertitude du droit a des utilités. C'est le cas du Liban. On sait bien que la frontière entre Liban et Israël n'est pas reconnue par les deux donc à terre il y a ce qu'on appelle la « ligne bleue » et en mer la «

ligne maritime ». En gros, il y a deux frontières : la frontière que reconnaissent les Israéliens et la frontière que reconnaît plutôt l'ONU, qui est différente. Cette incertitude permet quelque chose qui m'a toujours amusé, c'est-à-dire que les pêcheurs libanais, qui ont parfaitement compris ça, s'amusent beaucoup à s'approcher avec leurs bateaux de la ligne que les Israéliens considèrent comme la frontière. Les Israélien à chaque fois réagissent en lançant des bombes dans l'eau près des pêcheurs et les pêcheurs libanais sont très heureux parce que ces bombes attirent les poissons. C'est une *win-win situation*.

Avant de conclure, je voudrais réagir à un certain nombre de points qui ont été soulevés.

L'idée d'avoir l'Union européenne au Conseil de sécurité est évidemment une perspective séduisante. Je comprends bien les arguments qui paraissent rendre ça difficile. D'abord, l'absence de vraies politiques européennes étrangères sur un grand nombre de sujets, mais quand il y a une position commune, les pays défendent la position commune européenne. Un autre élément qui serait difficile pour une présence européenne, c'est qu'il faudrait changer la Charte. Pour le moment, la Charte prévoit que ce soient les États qui siègent au Conseil de sécurité, pas les institutions. Le troisième élément, c'est le risque que tous les autres pays demandent aussi un bloc. Dans ce cas-là, le Conseil de sécurité pourrait devenir une logique de bloc contre bloc. Est-ce vraiment cela que l'on veut?

Sur l'usage des droits de veto dans les cas dans lesquels les intérêts de veto ne sont pas en jeu, je trouve qu'il pourrait y avoir une pression d'opinion. Quand on voit la Russie s'opposer même à la transmission à la CPI des exactions contre les droits de l'homme en Syrie, je trouve que là l'utilisation des vetos va très loin. Les intérêts de veto de la Russie ne me paraissent pas directement concernés, mais je laisse ça aux juristes.

Enfin, on parlait des États membres qui démissionnent. Vous avez vu ce qui s'est passé pour l'Arabie Saoudite qui a été élue au Conseil de sécurité et qui a refusé de siéger, mais je ne peux pas dire que cela a eu beaucoup d'impact.

Maintenant, j'en viens à la question sur la reforme du maintien de la paix. Comme je l'ai dit, il y a eu de grandes activités concernant le rôle de l'ONU en matière de paix et de sécurité, mais surtout en termes de budget. Le budget est d'environ 7-8 milliards de dollars chaque année, ce qui correspond à deux fois le budget de l'ONU en soi, donc c'est évidemment très important. Il y a des contributions obligatoires. Chaque année, on dit qu'on veut réduire tout ça, mais chaque fois on augmente. Moi, j'étais à 120.000 hommes et maintenant on est à 125.000 Casques

bleus parce qu'on a dit qu'on voulait réduire et puis il y a eu le Mali, la RCA, etc.

Deuxième point, parmi les critiques qui ont été faites au maintien de la paix, il y a le fait que l'ONU a souvent laissé passer des choses, et je le reconnais bien volontiers. Donc on veut un maintien de la paix dans lequel les équipements et la volonté des Casques bleus soient plus forts. Là, d'une part, on se heurte souvent à la volonté des contributeurs de troupes qui ne le souhaitent pas généralement. Je rappelle que les trois premiers contributeurs de troupes aux Nations Unies sont l'Inde, le Pakistan et le Bangladesh, essentiellement parce que ce sont ceux qui ont les armées les plus nombreuses dans le monde. D'autre part, la rémunération pour les soldats est la même pour tout le monde, environ 1.080 dollars, donc pour le Bangladesh le fait d'envoyer un soldat est un bénéfice, tandis que lorsque l'Italie ou la France envoient un soldat, cela fait une perte. Ce sont donc ces trois pays qui sont les principaux contributeurs et ils n'ont pas très envie de faire un maintien de la paix robuste. En revanche, cela donne aussi des circonstances un peu particulières qui veulent que dans les pays plus nobles, comme le Liban, on envoie les troupes de pays comme l'Italie, la France et l'Espagne qui viennent au Liban parce qu'ils ont des intérêts stratégiques plus forts et que là ils acceptent une perte financière. Voilà, une difficulté de plus.

Dans les expériences des ces dernières années, il y a aussi le fait de ne plus faire des opérations hybrides. Il y a une opération hybride, celle au Darfour, qui est une opération ONU-Union africaine et qui est le cauchemar absolu pour tous ceux qui doivent la gérer parce qu'on a des visions très différentes des choses. Je ne vais pas détailler, mais on avait élaboré un plan qui s'appelait New Horizon et qui répondait à un certain nombre de critiques.

Ensuite, il y a tout le débat sur les contributions obligatoires et la modification de l'échelle de contribution. Elle n'a pas été modifiée depuis une quinzaine d'années tandis que le PIB des différents pays (celui de la Chine en particulier) a changé et cela n'est pas du tout pris en compte dans les contributions.

Pour terminer, comme j'ai dit tout à l'heure, l'ONU n'est souvent pas très efficace, elle est souvent critiquée, mais en même temps elle est irremplaçable. Personne d'autre n'irait dans des conflits comme l'est du Congo, le Soudan ou ailleurs. J'entends parfois dire que l'OTAN pourrait le faire, mais on sait parfaitement bien que l'OTAN a fait des transports logistiques en Afrique mais elle n'ira jamais plus loin. Personne d'autre que l'ONU ne le fera et c'est clair que tout le monde pousse à renforcer les capacités de l'ONU en Afrique, où elle est très

impliquée. Malheureusement, ça se fait assez lentement et on a bien vu dans les opérations en RCA ou même au Mali que les opérations africaines sont encore *in the making*.

BREVI NOTE SU DIRITTO E POLITICA ALL'ONU. AMMISSIONE, ACCREDITAMENTO, RAPPRESENTANZA E *STATUS* DI OSSERVATORE IN ASSEMBLEA GENERALE

Giuseppe NESI*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Principio di legalità e esigenze della politica internazionale: alcuni esempi recenti della prassi onusiana. A. La rappresentanza di uno Stato membro dell'ONU e il Comitato credenziali; B. La partecipazione ad alto livello di uno Stato membro tra Comitato credenziali e Assemblea generale; C. Ammissione di nuovi Stati membri; D. Lo *status* di osservatore in Assemblea generale. – 3. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Il dibattito sui rapporti tra diritto e politica in generale e soprattutto nel quadro delle organizzazioni internazionali si è sviluppato tradizionalmente, ad opera in particolare degli studiosi di relazioni internazionali, su grandi schemi teorici[1]. Di diritto alle Nazioni Unite si parla o per affermare che le norme giuridiche costituiscono un essenziale punto di riferimento della coesistenza pacifica tra gli Stati; oppure perché dalle violazioni del diritto scaturiscono conseguenze rilevanti nei rapporti tra Stati o al loro interno. La politica riguarda le scelte degli Stati che nei loro comportamenti, anche in quelli omissivi, tengono conto dell'esistenza di norme giuridiche, magari per violarle ma ne tengono conto. Visti i caratteri della comunità internazionale e le caratteristiche del "diritto delle Nazioni Unite" – che è spesso costituito da norme vaghe, di carattere generale – possono però presentarsi casi che sfuggono a una precisa disciplina giuridica, oppure si tenta di modificare la suddetta di-

* Ordinario di Diritto internazionale, Università degli Studi di Trento.

[1] Un'eccellente sintesi delle posizioni delle principali scuole degli studiosi di relazioni internazionali che si sono occupati, tra l'altro, dei rapporti tra politica e diritto in ambito internazionale è reperibile in J. SNYDER, *One World, Rival Theories*, in *Foreign Policy*, 2004, pp. 52-62, anche all'indirizzo: http://foreignpolicy.com/2009/10/26/one-world-rival-theories/. Assai interessanti considerazioni soprattutto sul rapporto tra diritto internazionale e politica si trovano altresì in C. REUS-SMIT (a cura di), *The Politics of International Law*, Cambridge, 2004.

sciplina o ancora se ne dà un'interpretazione che potrebbe entrare in conflitto con norme o princìpi giuridici di pari o maggiore portata.

Basti pensare ai rapporti tra Assemblea generale e Consiglio di sicurezza nel mantenimento della pace e sicurezza internazionali. Benché secondo la Carta di San Francisco il Consiglio abbia competenza primaria in quell'ambito (art. 24) e l'Assemblea generale debba astenersi dall'occuparsi "operativamente" di controversie o situazioni che siano all'ordine del giorno del Consiglio (art. 12, 1), è fin troppo noto il caso in cui la paralisi del Consiglio di sicurezza ha indotto l'Assemblea generale ad adottare nel 1950 la famosa risoluzione *Uniting for Peace*[2]. Oppure, sempre riguardo ai rapporti tra i due citati organi principali dell'ONU, è il caso di ricordare le competenze dell'Assemblea generale in merito al bilancio delle operazioni di *peace-keeping* che rimangono per il resto di esclusiva competenza del Consiglio di sicurezza, ma con ovvie ricadute soprattutto quando la prima non condivida le decisioni del secondo. O ancora il ricorso alla teoria dei poteri impliciti per giustificare le risoluzioni del Consiglio di sicurezza che hanno istituito i tribunali penali internazionali *ad hoc* e che hanno comportato un ampliamento (secondo alcuni illegittimo) delle competenze del Consiglio. Anche in questo caso, in assenza di precise disposizioni della Carta si pone il problema dei rapporti tra l'organo che creò i Tribunali e ne definì e modificò gli Statuti nell'esercizio delle sue competenze nel mantenimento della pace internazionale, e l'organo – l'Assemblea generale – che veniva sì annualmente informato delle loro attività ma aveva sostanzialmente competenza solo per il finanziamento dei Tribunali e l'elezione dei giudici. O al proliferare dei Comitati sanzioni di tipo tematico o geografico che hanno un impatto diretto su alcuni temi, quale quello dei diritti umani, che erano inizialmente del tutto assenti dai mandati dei Comitati con gli ovvi problemi di legittimità di sanzioni di tipo individuale. O, infine, al richiamo da parte del Consiglio di sicurezza alla *responsibility to protect* in situazioni che apparivano molto simili o identiche ad altre nelle quali tale richiamo non è invece avvenuto. Gli esempi potrebbero essere numerosi.

Non può ignorarsi che a volte, in nome delle esigenze della politica, i principi più propriamente "giuridici" dell'ONU e le sue norme di struttura e funzionamento sono stati ignorati, violati o ne è stata data un'interpretazione disomogenea, incoerente, contraddittoria, dagli stessi organi dell'ONU, fornendo peraltro buoni argomenti alla critica – assai politica – di "double standard". Appare innegabile che all'ONU sotto

[2] Risoluzione n. 377/V, del 2 novembre 1950.

l'influenza di continue e ricorrenti emergenze o delle esigenze della politica internazionale si adottino spesso decisioni poco strutturate, che hanno una base giuridica incerta ma che producono immediatamente effetti giuridici e politici e che hanno conseguenze in termini di condivisione dell'operato dell'Organizzazione da parte della *membership* e dell'opinione pubblica.

Oltre alle grandi questioni sopra ricordate in cui principio di legalità ed esigenze della politica sembrerebbero divergere o quanto meno non tenere conto l'uno delle altre e viceversa, potremmo riferirci a esempi meno noti ma anch'essi rilevanti. Si pensi all'ammissione all'ONU o alle regole riguardanti chi rappresenta lo Stato membro in Assemblea generale, o ancora al conferimento dello *status* di osservatore in Assemblea generale. E ciò soprattutto perché quest'ultima è, tra gli organi principali dell'ONU, quella che è pienamente rappresentativa della *membership*.

È su questi casi apparentemente minori che vorrei qui soffermarmi, precisando peraltro in via preliminare che è talvolta molto difficile – quando non impossibile – reperire la pertinente documentazione. Le pagine che seguono saranno per lo più improntate a una testimonianza diretta di quanto avvenuto in anni recenti nel sistema ONU; da qui, e dalla sede nella quale questo mio intervento ha luogo – una tavola rotonda con eminenti giuristi e alte personalità politiche – anche l'assenza di riferimenti ai contributi della dottrina sulla materia.

2. *Principio di legalità e esigenze della politica internazionale: alcuni esempi recenti della prassi onusiana*

A. La rappresentanza di uno Stato membro all'ONU e il Comitato credenziali.

Il primo esempio è quello delle procedure e dei meccanismi di funzionamento del Comitato credenziali (*Credentials Committee, Commission de vérification des pouvoirs*), organo politico formato da nove Stati membri (ne fanno però sempre parte – per una sorta di tacito accordo – Cina, Federazione Russa e Stati Uniti) eletti dall'Assemblea generale su proposta del suo Presidente. Secondo le regole di procedura dell'Assemblea generale, all'inizio di ciascuna sessione il Comitato credenziali verifica la *regolarità formale* delle credenziali presentate da ciascuno Stato membro, redige un rapporto indirizzato *without delay*

all'Assemblea generale e ne raccomanda l'adozione[3]. Nella realtà il rapporto arriva in Assemblea generale non all'apertura della sessione annuale dell'Assemblea generale, nel mese di settembre, ma a dicembre (tranne – come vedremo – alcune significative eccezioni) e cioè alla fine del dibattito all'interno delle Commissioni tematiche e al momento dell'adozione delle principali risoluzioni. Il rapporto del Comitato credenziali è poi adottato dall'Assemblea generale, di solito per *consensus*. In condizioni normali il rapporto del Comitato credenziali costituisce dunque una sorta di "riassunto finale" e sintesi della regolarità formale delle credenziali presentate dagli Stati membri all'inizio della sessione e non il documento sulla base del quale gli Stati sono, per così dire, "abilitati" a partecipare ai lavori dell'Assemblea generale.

In anni recenti, sempre più di frequente, il Comitato credenziali si è trovato di fronte a situazioni in cui uno o più Stati membri hanno contestato le credenziali presentate. Ciò è avvenuto perché aveva avuto luogo in precedenza un colpo di Stato all'interno di uno Stato membro con mutamento del Capo dello Stato e del governo (Madagascar, Guinea); perché i risultati di elezioni politiche erano contrastati con lo scoppio di successivi, gravi disordini interni (Costa d'Avorio); perché nel corso di

[3] Rules of Procedure of the General Assembly (A/520/Rev. 17), reperibile all'indirizzo: http://www.un.org/en/ga/about/ropga/.

Submission of credentials
Rule 27

The credentials of representatives and the names of members of a delegation shall be submitted to the Secretary-General if possible not less than one week before the opening of the session. The credentials shall be issued either by the Head of the State or Government or by the Minister for Foreign Affairs.

Credentials Committee
Rule 28

A Credentials Committee shall be appointed at the beginning of each session. It shall consist of nine members, who shall be appointed by the General Assembly on the proposal of the President. The Committee shall elect its own officers. It shall examine the credentials of representatives and report without delay.

Provisional admission to a session
Rule 29

Any representative to whose admission a Member has made objection shall be seated provisionally with the same rights as other representatives until the Credentials Committee has reported and the General Assembly has given its decision.

Analoghe disposizioni si ritrovano negli articoli 13-17 delle *Provisional Rules of Procedure* del Consiglio di sicurezza (S/96/Rev.7) – emanato in base all'art. 30 della Carta dell'ONU – reperibili all'indirizzo:
http://www.un.org/en/sc/about/rules/chapter3.shtml

conflitti armati all'interno di uno Stato, erano state presentate più credenziali tanto da parte del governo formalmente in carica quanto da parte d'insorti prossimi alla conquista del potere (Libia), oppure perché a sessione dell'Assemblea generale in corso veniva ritirato dalle autorità centrali dello Stato l'accreditamento alle delegazioni presenti a New York (Costa d'Avorio e Libia). In alcuni di questi casi il Comitato credenziali non si è limitato a controllare la regolarità formale dei documenti presentati, che come ricordavamo è quanto sarebbe di sua competenza, ma si è spinto fino a dare indicazioni precise all'Assemblea generale su chi dovesse rappresentare lo Stato, con comportamenti diversi da caso a caso. Questo è apparso evidente per le elezioni presidenziali in Costa d'Avorio nel 2010 e ancora di più in relazione a quanto avvenuto in Libia l'anno successivo.

Nel primo caso, dopo le elezioni presidenziali che determinarono il successo di Alassane Ouattara sull'uscente Laurent Gbagbo, e l'insediamento del primo dopo una fase di contestazione del voto che scaturì in disordini, manifestazioni ed episodi anche molto gravi di violenza nonché nell'intervento di contingenti militari francesi per ristabilire l'ordine, Ouattara, una volta insediatosi, richiamò il Rappresentante permanente all'ONU (che peraltro pare avesse accettato l'incarico di Ministro degli Esteri propostogli dopo le elezioni dall'uscente Gbagbo) e nominò un nuovo Rappresentante della Costa d'Avorio. Le nuove credenziali inviate dal Presidente Ouattara che sostituivano quelle inviate in precedenza da Gbagbo furono trasmesse al Segretario generale e il Comitato le esaminò nel dicembre del 2010, raccomandandone l'adozione all'Assemblea generale che recepì la raccomandazione e adottò per *consensus* il rapporto[4]. È interessante notare in proposito che il Comitato credenziali, nel considerare i documenti trasmessi dal Presidente Ouattara, inserì nel proprio rapporto all'Assemblea generale un riferimento alla posizione dell'Unione Africana sull'esito delle elezioni in quel Paese (sembra su richiesta della Federazione Russa), dato non trascurabile se si pensa al ruolo crescente attribuito alle organizzazioni regionali nella gestione e soluzione delle crisi[5].

[4] A/RES/65/237, del 23 dicembre 2010.

[5] A/65/583/Rev.1, del 22 dicembre 2010. Più precisamente, secondo il par. 7 del rapporto: «On 22 December 2010, the Secretary-General submitted to the Committee an updated version of the credentials of the representatives of Côte d'Ivoire in the form required by rule 27 of the rules of procedure of the General Assembly. The Committee met on the same day and took note of the decision of the African Union, taken on 9 December 2010, to recognize the results proclaimed by the Independent Electoral Commission and Mr. Alassane Ouattara as President Elect of Côte d'Ivoire. The Committee accepted

La vicenda riguardante la Libia è molto più complessa dal punto di vista delle credenziali poiché una delle prime denunce dell'operato del regime di Gheddafi e dei crimini che venivano commessi in territorio libico ad opera del regime fu formulata nel febbraio 2011 proprio da coloro che erano stati inviati da quel regime, e cioè dal Rappresentante e dal vice Rappresentante permanente della Libia all'ONU. Dopo l'adozione della Risoluzione 1970 (2011) da parte del Consiglio di sicurezza entrambi i diplomatici furono richiamati e la Libia tentò di nominare come proprio Rappresentante in un primo tempo il Presidente della 64ma sessione dell'Assemblea generale, il libico Ali Abdussalam Treki, e poi il Presidente della 63ma sessione, il nicaraguense Juan Manuel d'Escoto Brockmann. La richiesta delle Autorità libiche di ottenere il visto per Treki non ricevette risposta e colui che solo pochi mesi prima aveva lasciato New York dove aveva ricoperto la prestigiosa carica di Presidente dell'Assemblea generale dovette rinunciare all'incarico. La Libia tentò di aggirare l'ostacolo nominando d'Escoto Brockmann che si trovava a New York e che comunque era in possesso di passaporto statunitense poiché nato a Los Angeles. Anche questo tentativo fallì giacché, secondo le norme attuative dell'Accordo di sede, è il Dipartimento di Stato a rilasciare l'autorizzazione all'ingresso dei diplomatici al Palazzo di Vetro. Solo nel settembre del 2011, dopo sette mesi in cui il seggio libico all'ONU rimase di fatto vacante, il Presidente della 66ma sessione dell'Assemblea generale, Nassir Abdulaziz Al-Nasser (del Qatar) diede indicazioni circa la composizione del Comitato credenziali che si insediò tempestivamente il 13 settembre 2011 e il giorno dopo adottò un rapporto che venne inoltrato all'Assemblea generale, che ne discusse e su cui deliberò il 16 settembre[6]. In tale rapporto si fece riferimento soltanto alle credenziali trasmesse dal National Transitional Council of Libya (NTC) e non a quelle presentate dalla Libyan Arab Jamahiriya del Colonnello Gheddafi. Se il Comitato credenziali adottò il rapporto in tempi rapidissimi, in Assemblea generale si registrò un aspro dibattito nel quale il rapporto fu contestato proprio in relazione alle credenziali presentate dal NTC. Così, alcuni Stati, in particolare Venezuela (anche a nome di ALBA, ovvero la "Bolivarian Alternative for the Peoples of Our America"), Cuba, Bolivia, Nicaragua protestarono duramente contro le raccomandazioni contenute nel rapporto del Comitato credenziali e in particolare contro la proposta di accreditare il NTC come rappresentante della Libia.

the updated version of the credentials of the representatives of Côte d'Ivoire, dated 22 December 2010».

[6] A/66/360, del 16 settembre 2011.

Assai significativo risulta, per l'argomento che qui tratto, quanto sostenuto dall'Angola, a nome della Southern African Development Community (SADC). Il rappresentante angolano dichiarò che la SADC

«has questions regarding process, *legality* and principle, which we should like to raise in connection with the report just presented, particularly as it relates to the credentials of Libya»[7].

E proseguì affermando che

«we are firm in our belief that the United Nations is, and should remain, an organization of principles governed by the *rule of law*. Such rules and procedures adopted by the General Assembly should not be discarded merely because it is expedient or convenient to do so»[8].

È da notare che per com'è configurata la relazione tra Comitato credenziali e Assemblea generale, la circostanza che la plenaria dell'Assemblea generale dibatta sul rapporto del Comitato è di per sé un fatto del tutto eccezionale poiché eventuali contrasti sul rapporto sono di regola risolti all'interno del Comitato che funge da "camera di compensazione". Potrebbe anzi dirsi che tale dibattito, lungi dal costituire un "momento di democrazia", è invece il sintomo del fatto che le vaghe disposizioni sulla valutazione delle credenziali da parte del Comitato offrono allo stesso la possibilità di andare oltre i compiti (di controllo della regolarità formale delle credenziali) a esso assegnati. Ne deriva che in questo caso un organismo nato con competenze limitate al controllo formale dei documenti finisce col trasmettere all'Assemblea generale, raccomandandone l'adozione, un rapporto che entra nel merito di chi rappresenta lo Stato membro, di fatto dando precise indicazioni "politiche" all'Assemblea generale. Si aggiunga a questo che nel caso di specie l'adozione del rapporto ebbe luogo non per *consensus* – come di prassi – ma dopo due votazioni, la prima di tipo procedurale sulla richiesta di rinviare la trattazione del rapporto presentata dall'Angola, e la seconda sull'intero rapporto[9].

[7] A/66/PV.2, del 16 settembre 2011, p. 10. Corsivo a cura dell'autore.

[8] *Ibid.*

[9] *Ivi*, pp. 13-15. Le due votazioni diedero questo esito: la prima, di carattere procedurale, sulla proposta di differire la trattazione del punto, ebbe 107 voti contrari, 22 favorevoli e 12 astensioni; la seconda, sull'adozione del rapporto, registrò 114 voti a favore, 17 contrari e 15 astensioni. Per completare le pertinenti informazioni e a conferma di quanto si dirà in seguito in merito alla procedura che è solitamente seguita nella preparazione e adozione del rapporto del Comitato, il 26 ottobre 2011 l'Assemblea generale de-

B. La partecipazione ad alto livello di uno Stato membro tra Comitato credenziali e Assemblea generale

Diverso è il caso del Madagascar, dove un colpo di Stato nel marzo del 2009 si concluse con l'esilio del Capo di Stato dell'epoca e la sua sostituzione con il Sindaco di Antananarivo, Rajoelina. Successivamente, diversi Stati africani, l'Unione Africana e la SADC – in omaggio alla politica di non riconoscimento di regimi che non siano frutto di libere elezioni democratiche ma scaturiscano dall'uso della forza armata da parte di fazioni interne – reagirono non riconoscendo il nuovo Governo che comunque presentò le proprie credenziali al Segretario generale nell'estate del 2009, credenziali che non furono esaminate immediatamente dall'apposito Comitato che non si riunì all'inizio della 64ma sessione. Gli attriti tra il Madagascar e altri Stati africani esplosero tuttavia in sede ONU proprio all'inizio della sessione, in occasione del dibattito politico che aprì i lavori dell'Assemblea generale. Nel momento in cui il neo-Presidente del Madagascar stava per salire sul podio per pronunciare il proprio discorso, il 25 settembre 2009, il Ministro degli Esteri della Repubblica democratica del Congo, Mwamba, chiese la parola a nome degli Stati parte della SADC sulla base dell'art. 71 delle Regole di procedura dell'Assemblea generale[10]. Il Ministro Mwamba contestò la decisione d'invitare Rajoelina a prendere la parola e il Madagascar a partecipare all'apertura della 64ma sessione dell'UNGA; ricordò le decisioni della SADC che aveva sospeso il Madagascar dalla partecipazione ai lavori della Comunità dopo il colpo di Stato; richiamò un'identica decisione presa dall'Unione Africana (presieduta dalla Libia, e cioè dallo stesso Paese di cittadinanza del Presidente della 64ma sessione dell'Assemblea generale, Treki) fin dal marzo di quell'anno, mentre il Movimento dei Non Allineati aveva deciso di non dare la parola al Madagascar in occasione del Summit di Sharm-el-Sheik. Poiché, a giudizio delle appena ri-

liberò per *consensus* sul secondo rapporto del Comitato credenziali con la risoluzione A/66/360/Add.1 (A/66/PV.43, del 26 ottobre 2011).

[10] Rules of Procedure of the General Assembly, cit.,

Points of order

Rule 71

During the discussion of any matter, a representative may rise to a point of order, and the point of order shall be immediately decided by the President in accordance with the rules of procedure. A representative may appeal against the ruling of the President. The appeal shall be immediately put to the vote, and the President's ruling shall stand unless overruled by a majority of the members present and voting. A representative rising to a point of order may not speak on the substance of the matter under discussion.

cordate organizzazioni intergovernative, coloro che sostenevano di rappresentare il Madagascar nel corso della 64ma UNGA non avrebbero avuto l'autorità per farlo, la Repubblica democratica del Congo chiese che venisse riunito il Comitato credenziali per prendere le decisioni opportune e, nelle more, che non fosse comunque permesso al Madagascar di prendere la parola[11]. Allo stesso tempo però il Presidente dell'Assemblea generale, confortato dal parere dell'Ufficio giuridico del Segretariato, decideva che Rajoelina potesse invece prendere la parola, rinviando eventuali, ulteriori decisioni al dibattito sul rapporto del Comitato credenziali che non si sarebbe potuto riunire se non alla fine del dibattito generale. Di fronte a questa decisione procedurale del Presidente, le Regole di procedura dell'Assemblea generale prevedono che gli Stati che si oppongono non possano fare altro che chiedere un voto immediato ed è ciò che Repubblica democratica del Congo e SADC fecero. Per ragioni difficili da comprendere – ma forse legate alla maldestra messa in scena da parte del Presidente dell'Assemblea generale di un copione già scritto che aveva come obiettivo d'impedire al Madagascar di prendere la parola – la richiesta di votare sulla decisione del Presidente fu seguita da un momento di confusione in cui si registrò l'intervento di un Rappresentante permanente che con imbarazzo ammise il proprio disorientamento e chiese su cosa si stesse votando[12]. All'esito di questa procedura la decisione del Presidente fu respinta con 23 voti contrari, 4 a favore e 6 astensioni.

Rajoelina non intervenne e il Madagascar contestò duramente la decisione dell'Assemblea generale[13]. Nonostante questa vittoria "politica" da parte degli oppositori del Madagascar, il rapporto del Comitato credenziali in cui pure si fece riferimento alle credenziali del Madagascar (e della Guinea, che si trovava in analoga situazione) fu adottato nel dicembre del 2009 sulla base di una proposta maturata all'interno del Comitato credenziali. Tale proposta fu adottata "on the understanding" che

[11] A/64/PV.8, del 25 settembre 2009, p. 18. Occorre sottolineare che, come avviene d'abitudine (con la notevole eccezione, ricordata nel testo, della 66ma sessione dell'UNGA), il Comitato non aveva prodotto il proprio rapporto all'inizio della 64ma sessione dell'Assemblea generale.

[12] *Ivi*, p. 21. Secondo il Rappresentante Permanente della Giamaica: «Many of us were waiting to hear exactly how the motion will be put. There is usually a pause, when the motion is put very clearly, so that we know what we are voting for, against or abstaining from. And I am afraid that my delegation was waiting for the Secretariat to pause and repeat what the motion was. I am not sure what it is that we are voting on. I am totally confused, and I note that many delegations have not yet voted».

[13] A/64/376, del 28 settembre 2009, e A/64/470, del 2 ottobre 2009.

il Madagascar (e la Guinea) avrebbe continuato ad avere il diritto di partecipare

«…*provisionally* in the activities of the sixty-fourth session with all the rights and privileges enjoyed by other Member States whose credentials have been accepted until such a time that the Credentials Committee reviews the matter and makes final recommendation to the General Assembly. *Should there be any formal objection* during the sixty-fourth session to the participation of either Guinea or Madagascar, then *such objection could*, within the framework of the rules of procedure of the General Assembly, *be referred to the Credentials Committee for its consideration*»[14].

Identica contestazione, ma questa volta lontano dai riflettori della plenaria dell'Assemblea generale, si registrò allorché, un anno più tardi e cioè all'inizio della 65ma sessione, toccò al vice Primo Ministro e Ministro degli Esteri del Madagascar, di tentare d'intervenire, tanto in sede di dibattito generale quanto ad una riunione di alto livello sull'attuazione dei Millennium Development Goals. In quella circostanza, anche grazie alla regia della Presidenza svizzera e dopo una serie d'incontri tra il Presidente dell'Assemblea generale e gli Stati africani più direttamente interessati, il Ministro degli Esteri malgascio rinunciò a prendere la parola e accettò che i testi dei discorsi che avrebbe dovuto pronunciare fossero soltanto distribuiti agli Stati membri, ma solo dopo essersi assicurato che dei diversi incontri con il Presidente dell'Assemblea generale e con i Rappresentanti Permanenti dei Paesi dell'Unione Africana e della SADC fosse diffusa una documentazione fotografica che dimostrava che il Ministro malgascio aveva comunque incontrato i suoi interlocutori a New York. In altre parole, in questa seconda circostanza nessuno contestò apertamente le credenziali presentate dal Madagascar né in sede di Comitato credenziali né in Assemblea generale[15], salvo condurre un'operazione diplomatica tendente a far sì che il Ministro degli Esteri non prendesse la parola in Assemblea generale. La "sanzione" in capo al governo considerato "golpista" del Madagascar fu dunque costituita dall'impedire al suo alto rappresentante, che pure faceva parte – o meglio, aveva egli stesso firmato la lettera di credenziali – della delegazione le cui credenziali erano state sottoposte al Comitato credenziali, di prendere la parola in Assemblea generale; ma tale risultato fu controbilancia-

[14] A/64/571, del 17 dicembre 2009. Corsivo a cura dell'autore.

[15] In realtà, nel 2010 il rapporto del Comitato credenziali fu trasmesso e adottato dall'Assemblea generale soltanto il 23 dicembre, come si è detto in precedenza parlando del caso della Costa d'Avorio (*supra*, nn. 4 e 5).

to dalla dimostrazione che il Madagascar partecipava, per così dire, al "commercio giuridico internazionale" con il suo Ministro degli Esteri.

Anche in questo caso il Comitato credenziali entrò in gioco soltanto nel mese di dicembre del 2010, e in occasione dell'adozione del rapporto da parte dell'Assemblea generale furono i soli rappresentanti di Nigeria e Namibia ad avanzare tiepide proteste non nel merito delle raccomandazioni contenute nel rapporto del Comitato credenziali (che peraltro non faceva alcun riferimento alla questione del Madagascar ma ricomprendeva le sue credenziali tra quelle che erano state depositate presso il Segretario generale), ma riguardo alla circostanza che il rapporto del Comitato credenziali era stato distribuito soltanto pochi minuti prima dell'inizio della riunione[16].

C. Ammissione di nuovi Stati membri

Un altro ambito nel quale in tempi recenti norme giuridiche e ragioni della politica sono entrate in tensione è quello dell'ammissione alle Nazioni Unite. Mi riferisco in particolare a come la questione si è posta in epoca recente rispetto ai casi della Palestina e del Kosovo. Le "regole" in materia in questo quadro sono chiare: secondo l'art. 4 della Carta tutti gli Stati che abbiano certe caratteristiche («siano amanti della pace, accettino gli obblighi contenuti nella Carta… e nel giudizio dell'Organizzazione siano capaci e desiderosi di rispettare tali obblighi») possono essere ammessi all'ONU, «con una decisione dell'Assemblea generale su raccomandazione del Consiglio di sicurezza». I requisiti che gli Stati devono possedere sono ben indicati così com'è chiara la procedura da seguire dal momento che la raccomandazione del Consiglio di sicurezza è preliminare alla pronuncia dell'Assemblea generale. Nel caso della Palestina, da un lato si registrava un ampio sostegno politico maturato nel tempo nella comunità internazionale, manifestatosi a prescindere dalla questione dell'ammissione all'ONU, anche attraverso numerosi riconoscimenti da parte di diversi Stati; dall'altro, era nota la decisa opposizione di alcuni importanti Stati membri, soprattutto all'interno del Consiglio di sicurezza, che non faceva prevedere un facile accoglimento della richiesta. La Palestina, dopo una serie di sondaggi dai quali non emergevano tuttavia indicazioni univoche e trascurando i suggerimenti secondo cui sarebbe stato preferibile sospendere l'azione in Consiglio di sicurezza a favore di un "miglioramento" dello *status* della Palestina in

[16] Come risulta dal processo verbale della seduta (A/65/PV.73, del 23 dicembre 2010).

Assemblea generale magari come "Stato osservatore", provò a seguire la strada dell'ammissione all'ONU secondo quanto previsto dall'art. 4 della Carta. Così, nel settembre del 2011 la Palestina presentò domanda di ammissione al Segretario generale. La procedura non ebbe esito positivo poiché in Consiglio di sicurezza la domanda di ammissione fu rinviata al Comitato per l'ammissione di nuovi Stati membri (formato dagli stessi Quindici). In assenza di accordo da parte dei Quindici (e soprattutto dei P5), la richiesta fu deviata su un binario morto. In questo modo gli Stati contrari all'ammissione della Palestina, anziché schierarsi apertamente contro, ricorsero a una mossa di tipo procedurale che permise comunque di accantonare la richiesta di ammissione. Allo stesso tempo potrebbe dirsi che la decisione delle autorità palestinesi di presentare la richiesta fu presa nella piena consapevolezza che sarebbe stata respinta per ragioni di tipo politico. A questo scacco la Palestina reagì immediatamente con la presentazione della domanda di ammissione all'UNESCO, domanda che, pur avendo dovuto superare una complessa procedura poiché proveniente da uno *Stato non membro* dell'ONU, venne accolta il 31 ottobre 2011, suscitando le ben note proteste di Stati Uniti e Israele[17]. Un'ulteriore reazione della Palestina al mancato accoglimento della domanda di ammissione all'ONU si registrò un anno più tardi, nel novembre del 2012, allorché le autorità palestinesi sollecitarono da parte di Paesi "amici" la presentazione in Assemblea generale di un progetto di risoluzione, adottato il 29 novembre, con cui le si riconobbe lo status di "Stato osservatore" in Assemblea generale e non più di "entità osservatrice"[18]. L'adozione ad amplissima maggioranza di tale risoluzione non può ovviamente sostituire la procedura prevista per l'ammissione di nuovi Stati membri. Essa ha però un'indubbia portata politica e ripercussioni anche in ambito giuridico, dal momento che è stata utilizzata dalla Palestina per chiedere di aderire o accedere a numerosi trattati internazionali e, più di recente, allo Statuto di Roma della Corte penale internazionale del quale è parte dal 1° aprile 2015, oltre a permettere l'esercizio

[17] La procedura alla quale ci riferiamo prevede che uno Stato che non sia membro dell'ONU possa essere ammesso all'UNESCO solo dopo che tale ammissione sia stata raccomandata dal Consiglio esecutivo dell'Organizzazione e dopo che la Conferenza generale degli Stati membri si sia espressa a maggioranza dei due terzi degli Stati presenti e votanti (le astensioni non rilevano) (art. II. 2 della Costituzione dell'UNESCO, reperibile all'indirizzo: http://www.unesco.org/new/en/unesco/resources/online-materials/publications/unesdoc-database/). L'esito del voto è stato di 107 voti a favore, 14 contrari e 52 astensioni. La Palestina è così diventata il centonovantacinquesimo Stato membro dell'UNESCO.

[18] A/RES/67/19, del 29 novembre 2012, adottata con 138 voti a favore, 9 contrari e 41 astensioni.

di importanti diritti in ambito ONU conformemente all'art. 35, par. 2 della Carta[19]. Si noti peraltro che nel dibattito in Assemblea generale che seguì l'adozione della risoluzione del novembre 2012, l'Italia pur favorevole al mutamento di *status* della Palestina all'ONU, invitava con… decisione le autorità palestinesi a non utilizzare tale mutamento per accedere allo Statuto di Roma[20].

Diverso è invece il caso del Kosovo che decise, anche dopo la dichiarazione "unilaterale" d'indipendenza del 17 febbraio 2008 e il parere consultivo della Corte internazionale di giustizia del luglio del 2010 sulla dichiarazione d'indipendenza a esso apparentemente favorevole, di non presentare domanda di ammissione all'ONU. Si può presumere che il mancato deposito presso il Segretario generale di una domanda di ammissione obbedisse proprio alla preoccupazione di uno stallo in Consiglio di sicurezza, vista la posizione di Federazione Russa e Cina sulla questione. Si aggiunga a ciò che lo scarso numero di riconoscimenti a livello internazionale raccolti subito dopo la dichiarazione d'indipendenza, non fece ritenere maturi i tempi per verificare quale grado di sostegno avrebbe avuto una risoluzione dell'Assemblea generale che, seppure solo emblematicamente, avesse sostenuto le aspirazioni del Kosovo a divenire membro delle Nazioni Unite.

D. Lo *status* di osservatore in Assemblea generale

Un'altra materia, poco nota e scarsamente regolata dall'apparato normativo che disciplina l'attività delle Nazioni Unite, in cui sono emerse in maniera evidente le interconnessioni tra aspetti giuridici e politici riguarda il conferimento dello *status* di osservatore in Assemblea generale. Come noto, si tratta di uno *status* originariamente riservato a chi non voleva (per ragioni politiche, quali l'incompatibilità con le proprie di-

[19] Secondo tale disposizione «Uno Stato che non sia membro delle Nazioni Unite può sottoporre all'attenzione del Consiglio di sicurezza o dell'Assemblea generale qualsiasi controversia di cui esso sia parte, se accetti preventivamente, ai fini di tale controversia, gli obblighi di regolamento pacifico previsti dal presente Statuto».

[20] Più precisamente, in quella circostanza il Rappresentante permanente dell'Italia all'ONU, Cesare Ragaglini, dichiarò: «Italy decided to vote in favour of resolution 67/19. We took that decision in the light of the information we received from President Abbas on the constructive approach he intends to take after this vote. I refer in particular to his readiness to resume direct negotiations without preconditions and to refrain from seeking membership in other specialized agencies in the current circumstances, or pursuing the possibility of the jurisdiction of the International Criminal Court. With regard to the latter, Italy would not accept instrumental actions intended to question Israel's inalienable right to defend itself or to have recourse to measures necessary to protect the lives of its citizens» (A/67/PV.44, del 29 novembre 2012 p. 18 s.).

sposizioni costituzionali che escludevano, ad esempio, la partecipazione a pieno titolo all'ONU per preservare la neutralità dello Stato) partecipare a pieno titolo alle attività dell'Organizzazione ma intendeva dare il proprio contributo accedendo alle informazioni riguardanti tali attività e partecipando, seppur limitatamente, ai lavori dell'Assemblea generale in occasione di dibattiti su questioni che li riguardavano direttamente. In assenza di specifiche disposizioni della Carta dell'ONU e delle Regole di procedura dell'Assemblea generale, il conferimento di tale *status* s'intendeva dunque riservato originariamente soltanto agli Stati. Questa portata della figura dell'osservatore in Assemblea generale iniziò a mutare nei primi anni '60: con il processo di decolonizzazione furono create numerose organizzazioni intergovernative i cui fini e principi venivano spesso ripresi proprio dalla Carta dell'ONU ed emersero alcuni movimenti di liberazione nazionale (Organizzazione per la liberazione della Palestina, SWAPO) che, permanendo l'assenza di disposizioni statutarie in materia, acquisirono lo *status* di osservatore in Assemblea generale.

Fin dagli anni '90, si è poi assistito a un graduale tentativo di ottenere lo *status* di osservatore anche per alcune associazioni e organizzazioni non governative (ONG). Alle richieste di ottenere per esse lo *status* di osservatore in Assemblea generale, si obiettava che tali entità – per le loro caratteristiche – avrebbero potuto essere accolti come osservatori in ECOSOC ma non in Assemblea generale[21]. All'ampliamento del suddetto *status* a ONG e altri tipi di associazioni si opponevano inoltre alcuni tra i più importanti Stati membri dell'ONU quali gli Stati Uniti, la Gran Bretagna, la Cina, la Federazione Russa (come già l'Unione Sovietica), la Francia (e quindi tutti i membri permanenti del Consiglio di sicurezza), l'Egitto, l'India, l'Iran, il Pakistan, la Turchia, per il timore che in questo modo si potesse permettere alle ONG e ad altri tipi di associazioni o organizzazioni di partecipare, seppure marginalmente, ai dibattiti in Assemblea generale.

Il primo "strappo" si registrò nel 1994, allorché il Sovrano Militare Ordine di Malta, per iniziativa dell'Italia, nonostante le obiezioni manifestate da alcuni dei Paesi sopra ricordati e seguendo una procedura molto "accelerata", ottenne lo *status* di osservatore in Assemblea generale[22]. La reazione a questa prima apertura fu l'adozione, sempre nel 1994, di una decisione dell'Assemblea generale, voluta dagli Stati Uniti, che rimane l'unico riferimento "normativo" alla questione. In tale decisione,

[21] Come previsto, implicitamente, dall'art. 71 della Carta dell'ONU.
[22] A/RES/48/265, del 30 agosto 1994.

che verte sui criteri per il conferimento dello *status* di osservatore, si stabilì che

«the granting of observer *status* in the General Assembly should in the future be confined to States and to those intergovernmental organizations *whose activities cover matters of interest to the Assembly*»[23].

Nel corso degli anni, altri tentativi di permettere ad associazioni e ONG, o anche ad organizzazioni "ibride" (cioè associazioni cui aderivano anche Stati) di ottenere lo *status* di osservatore in Assemblea generale incontrarono decise obiezioni e furono respinti, tranne alcune sporadiche eccezioni come quelle del Comitato Internazionale di Croce Rossa e della Federazione Internazionale delle Società di Croce Rossa e della Mezzaluna Rossa.

Quando nel novembre del 2008, l'Italia iniziò una complessa e delicata operazione diplomatica a favore del conferimento al Comitato Internazionale Olimpico (CIO) dello *status* di osservatore in Assemblea generale[24], le obiezioni di tipo giuridico erano evidenti. Le resistenze incontrate da altre proposte presentate nel tempo facevano ritenere improbabile che l'iniziativa italiana potesse avere successo. Il CIO è, come si afferma nel suo Statuto, un'organizzazione non governativa[25]. E in realtà le obiezioni concernenti le caratteristiche del CIO vennero immediatamente fatte presenti da numerosi Stati nel corso dei primi negoziati informali. Da parte loro, i sostenitori del conferimento dello *status* di osservatore affermavano che il CIO era un'ONG *sui generis*, che da anni cooperava con l'intero sistema ONU nella promozione dello sport come elemento di aggregazione e di superamento dei conflitti, che i suoi fini e principi erano del tutto compatibili con quelli delle Nazioni Unite, fino ad argomentare che al CIO facevano capo anche i Comitati olimpici nazionali che spesso erano emanazione degli Stati. Benché alcuni di questi argomenti apparissero deboli, essi servirono tuttavia ad attutire le obiezioni

[23] A/49/747, del 9 dicembre 1994. Corsivo a cura dell'autore. Sebbene appaia chiaro che lo *status* di osservatore dovrà secondo la decisione essere limitato a Stati e organizzazioni intergovernative, non può negarsi che la specificazione di quale tipo di organizzazione intergovernativa si tratti – a prima vista restrittiva – sembra in realtà introdurre una certa discrezionalità.

[24] A/63/235, del 4 dicembre 2008.

[25] http://www.olympic.org/Documents/olympic_charter_en.pdf . Lo Statuto del CIO è reperibile nella Carta Olimpica, entrata in vigore il 9 settembre 2013. L'art. 15, I co. recita: "The IOC is an international non-governmental not-for-profit organization, of unlimited duration, in the form of an association with the status of a legal person, recognized by the Swiss Federal Council in accordance with an agreement entered into on 1st November 2000".

che al momento della presentazione dell'iniziativa italiana sembravano insuperabili. Sta di fatto che una dopo l'altra le suddette obiezioni caddero, fino al 19 ottobre 2009, data nella quale l'Assemblea generale si pronunciò per *consensus* a favore del conferimento dello *status* di osservatore al CIO[26]. Come si pervenne a questa decisione? Può senz'altro affermarsi che l'Italia svolse una robusta opera di convincimento o, come si dice in ambito diplomatico, di *outreaching* per dimostrare che si trattava di un caso in cui esisteva un consistente (se non unanime) sostegno politico all'iniziativa poiché la *membership* non era contraria – forse non era unanimemente favorevole ma comunque non era contraria – al conferimento al CIO dello *status* di osservatore in Assemblea generale. E tale forte volontà politica avrebbe dovuto permettere di superare le difficoltà costituite dalla circostanza che il CIO fosse senza dubbio un'organizzazione non governativa. Passando poi in rassegna le posizioni dei maggiori oppositori, in altre circostanze, al conferimento del suddetto *status*, fu facile rilevare che la Cina, che in realtà fu l'ultima a "cedere", aveva ospitato i Giochi olimpici nell'estate del 2008 e si dice che proprio a Pechino il Presidente del CIO, Rogge, avesse sondato la disponibilità di alcuni Paesi a farsi portatori della richiesta dello *status* di osservatore per il CIO in Assemblea generale ricevendo peraltro diverse risposte negative proprio sulla base di considerazioni "giuridiche". Nel 2009 gli Stati Uniti del Presidente Obama erano candidati a ospitare a Chicago i Giochi olimpici del 2016, poi assegnati al Brasile, e proprio la delegazione statunitense fu tra le più entusiaste sostenitrici delle aspirazioni del CIO. Londra avrebbe ospitato i Giochi olimpici del 2012, e la Principessa Anna era ed è uno dei poco più che 130 membri del CIO. Era inoltre previsto che la Federazione Russa avrebbe ospitato i Giochi olimpici invernali del 2014 che si sarebbero tenuti a Sochi. La Francia, infine, seppure sommessamente già da alcuni anni promuoveva insieme ad altri Stati il conferimento dello *status* di osservatore in Assemblea generale al Fondo globale contro la malaria, la tubercolosi e l'AIDS, altra entità la cui natura di organizzazione intergovernativa veniva da alcuni messa in dubbio e sulla quale non possiamo qui soffermarci ma che sarebbe molto interessante esaminare proprio in relazione alle sue caratteristiche[27]. Per una sorta di effetto di *bandwagoning* gli altri Stati, fino a quel momento rigidamente contrari, trovavano difficile opporsi al conferimento al CIO del-

[26] A/RES/64/3, del 22 ottobre 2009.

[27] Ci limitiamo a segnalare che il Fondo globale aveva ed ha forti legami con il sistema dell'ONU poiché è stato costituito nel 2002 su invito del Segretario generale. Esso è inoltre finanziato nella misura del 95% da Stati. (http://www.theglobalfund.org/en/partners/governments/).

lo *status* di osservatore in Assemblea generale. E dunque alcuni di loro si limitarono a spiegare la propria posizione soltanto di fronte alla sesta commissione, dove il progetto di risoluzione fu presentato e adottato per *consensus*. In quella sede coloro che avevano riserve rispetto al documento sostennero che benché il CIO fosse un'organizzazione non governativa esso aveva dei caratteri particolari e la concessione dello *status* di osservatore in Assemblea generale nel caso di specie non poteva comunque costituire un precedente per altre organizzazioni non governative. È anche interessante notare che nella sua 64ma sessione l'Assemblea generale decise di concedere lo *status* di osservatore, ancora per *consensus*, ad altre entità che certamente non erano Stati e il cui carattere di organizzazioni intergovernative era quanto meno discutibile quali il suddetto Fondo globale per la lotta contro la malaria, la tubercolosi e l'AIDS e la Commissione indipendente del Comitato Internazionale di Croce Rossa per l'accertamento dei fatti, istituita dal Primo Protocollo Addizionale.

Dalla prassi concernente la questione del conferimento dello *status* di osservatore in Assemblea generale emerge una riflessione di carattere più generale proprio in merito a come, nel sistema onusiano in cui non tutte le fattispecie sono disciplinate attraverso norme giuridiche dettagliate, le poche ed essenziali norme rilevanti possono essere interpretate, riadattate, emendate in presenza di un forte sostegno politico che vada anche in senso opposto a tali norme. Le domande e i dubbi sulla coerenza del sistema si acuiscono ma, ancora una volta, sarebbe poco realistico immaginare che in presenza di una volontà politica comune la disciplina giuridica di determinate fattispecie non possa essere emendata, interpretata o superata proprio a causa della (o ... grazie alla) vaghezza, e quindi ai limiti intrinseci, di diverse norme che disciplinano il sistema.

3. *Considerazioni conclusive*

Si è constatato che anche in casi che abbiamo definito minori rispetto a quelli ricordati all'inizio di queste pagine, il carattere vago di diverse norme giuridiche riguardanti il sistema ONU o l'assenza di disciplina giuridica per determinate fattispecie danno agli Stati un ampio margine di manovra in relazione all'interpretazione, modifica e integrazione dell'apparato normativo. Così, a proposito del ruolo del Comitato credenziali, si è visto che nel caso della Libia tale organismo è andato ben aldilà delle sue essenziali prerogative di controllo formale degli atti e si è spinto fino a indicare quali fossero le credenziali da ritenere, e quindi chi rappresentasse lo Stato alle Nazioni Unite. Nel caso della Costa

d'Avorio il Comitato ha semplicemente preso atto dell'esito di elezioni contrastate e ha accolto la versione rettificata delle credenziali trasmesse dal Segretario generale, tenendo conto anche della posizione dell'Unione Africana sulle elezioni. In altre circostanze invece le credenziali di un governo che è frutto di un colpo di Stato sono accolte dal Comitato credenziali e poi dall'Assemblea generale, e la contestazione del potere di rappresentanza di quel governo avviene impedendo "di fatto", o mediante il ricorso a regole di carattere procedurale, alle sue più alte autorità di prendere la parola in Assemblea generale, come nel caso del Madagascar.

Diverso è quanto avviene in sede di ammissione di nuovi Stati membri all'ONU dove, in presenza di una disciplina giuridica definita, gli aspiranti membri assumono atteggiamenti diversi sulla presentazione della domanda di ammissione a seconda del sostegno politico di cui godono, soprattutto in Assemblea generale.

La pressoché completa mancanza di disciplina giuridica in materia di conferimento dello *status* di osservatore in Assemblea generale fa sì che, al ricorrere di determinate condizioni, gli Stati possano di comune accordo trascurare l'unica decisione dell'Assemblea generale in materia secondo la quale tale *status* sarebbe riservato a Stati e organizzazioni intergovernative.

Il filo rosso che unisce i casi qui esaminati è quello della partecipazione, a vario titolo e da parte di entità con caratteri diversi, al sistema delle Nazioni Unite. Anche in questi casi emerge in vario modo il tema dei rapporti tra principio di legalità ed esigenze della politica. In questo contesto è opportuno rimarcare che per quanto in seno all'ONU si voglia riconoscere un ruolo preminente al principio di legalità – inteso come regime giuridico applicabile a determinate fattispecie e rispetto delle norme –, la vaghezza (o la insufficiente chiarezza) di alcune norme dell'Organizzazione comporta che a volte queste siano superate o integrate dalla prassi. Purché non si tratti di norme inderogabili, la volontà degli Stati può dunque andare aldilà delle norme giuridiche allorché essi intendano di comune accordo superarle. Anche in questi casi, tuttavia, occorre essere consapevoli che la mutazione, la trasformazione o l'interpretazione delle norme giuridiche nei rapporti internazionali – eventi del tutto fisiologici nell'evoluzione del diritto internazionale – dovrebbero avere un certo grado di "prevedibilità" per evitare di apparire del tutto arbitrari. Il principio di legalità può in queste circostanze svolgere un ruolo se il diritto concorre a definire il quadro e i limiti delle scelte politiche. Se così non è, e il diritto è chiamato a giustificare e razionalizzare *ex post* scelte che non hanno una base giuridica, occorre constatare che il principio di legalità potrebbe porre dei limiti di tipo per così dire "ar-

gomentativo", ma è difficile ritenere che esso sia l'unico ad ispirare l'azione dell'Organizzazione.

CONCLUSIONI GENERALI DEL CONVEGNO

CONCLUSIONS GENERALES DU COLLOQUE

Laurence BOISSON DE CHAZOURNES*

SOMMAIRE : 1. Histoire, politique et droit des organisations internationales. – 2. La règle de droit et les organisations internationales. – 3. Les échelons multiples de la coopération institutionnelle. – 4. Le défi de la cohérence.

Des mots de remerciement chaleureux seront formulés en guise d'introduction. Qu'il me soit permis de tout d'abord remercier le professeur Michele Vellano et ses collaborateurs de leur hospitalité qui restera inoubliable. Je voudrais aussi remercier la Société italienne de droit international et sa présidente, la professeure Laura Picchio Forlati, et la Société française pour le droit international et son président, le professeur Alain Pellet, d'avoir joint leurs efforts dans le but d'organiser une conférence qui a permis d'appréhender les organisations internationales sous de nombreuses facettes, en dévoilant les contours de certaines d'entre elles tout en soulignant les clairs-obscurs qui persistent pour d'autres.

Je voudrais aussi dire combien je suis admirative de l'entité régionale qu'est la Vallée d'Aoste, espace au sein duquel deux langues, l'italien et le français, vivent en très bonne entente. Ces deux langues peuvent être utilisées indifféremment. L'italien et le français sont, qui plus est, deux langues importantes pour la doctrine du droit international, qu'il s'agisse du droit international public, du droit européen ou du droit international privé. Dans ces deux langues, en outre, ont été écrits et publiés des ouvrages et articles de référence en droit des organisations internationales. Tout, y compris la magnifique vue sur les Grandes Jorasses, destinait à ce que ce colloque soit une réussite, et il l'a été.

En tant que présidente de la Société européenne de droit international pendant la période 2012-2014, j'ai travaillé pour que le plurilinguisme et la diversité culturelle soient respectés. Ce colloque s'inscrit dans ce contexte. Nombreux sont les membres des sociétés française et italienne de droit international qui sont également membres

* Professeure à l'Université de Genève ; Présidente de la Société européenne de droit international (2012-2014).

de la Société européenne de droit international. Ils font vivre cette diversité et je les en remercie.

Nous avons été conviés pour réfléchir ensemble au thème général de l'avenir des organisations internationales. Les présentations ont été riches et fouillées, permettant de saisir les organisations internationales en tant qu'acteurs internationaux, mais aussi comme lieux d'expérimentation et d'observation de nouvelles pratiques juridiques. Notre axe de réflexion a été celui de l'avenir des organisations internationales sous l'angle des perspectives juridiques.

1. *Histoire, politique et droit des organisations internationales*

Plusieurs constats peuvent être dressés. Le premier constat, et cela est souligné dans de nombreuses contributions (je pense à celles des professeurs Sergio Marchisio et Michele Vellano, mais aussi à celles des professeurs Rostane Mehdi et Lucia Serena Rossi) : pour comprendre le droit des organisations, nous devons situer celles-ci dans leur contexte historique d'évolution. Le présent et le futur des organisations ne peuvent se départir du contexte de leur création et de leur développement. Ce sont des entités qui doivent être contextualisées. Plus, sans doute, qu'en d'autres domaines du droit international, le droit doit connaître l'histoire pour se projeter dans le futur. En ce sens, nous ne pouvons oublier que les organisations internationales sont en grande partie le fruit de deux guerres mondiales et qu'elles ont été traversées par les soubresauts de la guerre froide. Elles sont, de ce fait, notamment marquées par la place privilégiée réservée aux pays développés en leur sein. Monsieur Pascal Lamy a, à ce propos, évoqué la prédominance de la matrice idéologique, culturelle, politique et juridique de nature occidentale.

Aux côtés de l'histoire, la politique (entendue au sens de la pratique du pouvoir) a également sa place. Les organisations internationales sont des arènes au sein desquelles la politique joue souvent un rôle prédominant. Le droit et la politique doivent travailler ensemble. Ainsi, le rôle du conseiller juridique d'une organisation est celui de faire entendre la voix du droit auprès du politique et de faire appliquer le droit même si la méthode juridique ne reçoit pas toujours l'écho souhaité.

Le droit peut d'ailleurs être instrumentalisé à des fins politiques, qu'il s'agisse des problématiques attachées à la participation des États aux organisations internationales, de leur admission ou des conditions entourant leur vote au sein des différents organes, ainsi que la

professeure Geneviève Bastid-Burdeau nous l'a expliqué, ou qu'il s'agisse des réformes de la composition d'organes comme celle du Conseil de sécurité, ou de réformes des méthodes de travail, comme la professeure Antonietta Di Blase l'a souligné.

Au sein des organisations internationales, si la règle matérielle est importante, la règle procédurale l'est aussi. Les règles procédurales devraient d'ailleurs être l'objet de plus d'attention. Monsieur Pascal Lamy a par exemple évoqué la question des méthodes de travail et des procédures afférentes. Certains États en usent et abusent. Le professeur Giuseppe Nesi en a vécu le jeu au sein des Nations Unies, s'agissant des travaux de l'Assemblée générale.

Les motivations politiques conduisent à ce que les États puissent privilégier le recours au droit non contraignant dans le domaine de la gouvernance économique et financière. Le professeur Fabien Terpan nous a expliqué à cet effet les avantages politiques du recours à la *soft law*. Elle contribue à l'objectif d'intégration sociale. Le professeur Terpan a néanmoins souligné que son recours ne peut être constitutif que d'une première étape en matière de gouvernance économique.

Mes propos sur la politique ne doivent pas être compris comme comportant une coloration négative. Ils ne veulent que traduire le fait que le droit est très étroitement lié au champ politique. En ce sens, je voudrais rappeler les réflexions du professeur Giorgio Sacerdoti à propos de la prévention des conflits et de la nécessité d'avoir une compréhension des causes et enjeux liés à une situation ou à un conflit. Le droit fait une large place au politique dans le domaine du maintien de la paix et de la sécurité internationales, si l'on pense aux Chapitres VI, VII et VIII de la Charte des Nations Unies. Le professeur Jean Paul Jacqué a évoqué la facture politique du Conseil de sécurité, en ce sens qu'il s'agit d'une institution politique qui agit sur la base de modalités politiques. Dans ce contexte, la justiciabilité prend pour l'heure des chemins de contour, comme ceux d'une justiciabilité des conséquences d'actes du Conseil de sécurité à l'égard des particuliers.

L'Ambassadeur Alain Le Roy a, quant à lui, évoqué le face à face entre le politique et la justice. Les interfaces se resserrent de plus en plus. L'une des questions est celle de savoir comment la justice doit interagir avec la politique au quotidien, lorsque la Cour pénale internationale (CPI) a été saisie.

2. *La règle de droit et les organisations internationales*

Dans un second temps, je voudrais formuler quelques réflexions sur certaines perspectives juridiques. Les organisateurs du colloque, en choisissant les thèmes à traiter, nous ont permis de saisir que le droit trouve sa place en tant que règle d'application générale, et qu'il joue un rôle non négligeable pour accompagner les spécificités de chaque organisation. Le professeur Paolo Palchetti, en présentant le projet de la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité internationale des organisations internationales, a souligné le rôle des règles d'application générale en ce domaine, tout en prenant en compte les possibilités du jeu de la *lex specialis* ainsi que l'espace normatif bien souvent tentaculaire des règles internes des organisations internationales. Le professeur Alain Pellet a évoqué, à propos des règles du projet de la CDI, le concept de filets de sécurité dont l'objet est de garantir une possible mise en cause de la responsabilité si une règle spéciale n'est pas prévue à cet effet.

Les organisations internationales sont bien souvent rebelles à toute sujétion. Elles relèvent néanmoins de l'ordre juridique international. En cela, elles sont redevables. Le droit international général doit jouer un rôle en ce sens. Dans ce contexte, la professeure Laurence Dubin a regretté que la Commission n'ait pas été plus courageuse en prévoyant une norme d'application générale qui rendrait les organisations internationales responsables de leurs actions envers les personnes privées. Le manque de moyens financiers ne devrait pas écarter l'obligation de répondre de ses actes et des dommages qui s'en suivent. Les États devraient apporter leur contribution pour que l'organisation internationale, sujet de droit international, assume des responsabilités en ce sens. Les conséquences de la crise du choléra en Haïti révèlent les doléances de la société civile à cet effet.

S'agissant de la généralité du droit applicable aux organisations internationales, celui-ci peut être abordé sous l'angle des règles secondaires ainsi qu'il vient d'en être question. Les règles primaires peuvent également être d'application générale. La question des droits fondamentaux apparaît dans ce contexte au premier plan, soit en tant que fondement des paramètres d'évaluation de la légitimité de l'action des organisations internationales, comme la professeure Susanna Cafaro l'expose, ou comme règle substantielle de droit sur la base de laquelle des juridictions telles la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de l'Union européenne ont pu exercer certains types de contrôle judiciaire, ainsi que le professeur Maurizio Arcari l'explique. Les

juridictions nationales sur lesquelles beaucoup (trop ?) d'espoirs sont placés, peuvent, selon le professeur Pietro Pustorino, se retrouver entre le marteau et l'enclume en cas de conflits entre normes internationales.

Le professeur Lorenzo Gradoni a, pour sa part, montré combien les stratégies discursives et managériales au sein d'une organisation internationale peuvent tronquer la réalisation d'un droit, tel le droit à l'alimentation. La lecture des diverses contributions au présent volume amène à se demander si les tenants de la constitutionnalisation du droit international auraient pu offrir des perspectives d'avenir en faveur d'un meilleur respect des droits de l'homme. Pour ma part, je ne suis pas sûre que là soit un remède suffisant. Une clarification des obligations internationales auxquelles sont assujetties les organisations internationales s'impose, de même qu'un renforcement de leur redevabilité (*accountability*). Le professeur Lorenzo Gradoni nous a montré que, pour bien saisir une question juridique et sa réalisation, nous devons aussi pouvoir manier les méthodes financières et celles de la comptabilité. Le test de l'*accountability* suppose un effort en ce sens. Il faut déployer des instruments de contrôle et de vérification qui permettent de véritablement rendre compte du respect ou du non-respect de la règle de droit.

3. *Les échelons multiples de la coopération institutionnelle*

Cela me permet d'en venir au troisième thème des présentes conclusions. Il a trait aux échelons multiples de la gouvernance internationale : l'universel, le régional, le national et le local. L'universel fut une figure de proue en 1945. Il s'est depuis consolidé, mais il a vite été dépassé par le phénomène régional. L'échelon régional complète, concurrence, voire constitue un relais de l'universel. Le professeur Rostane Mehdi souligne comment l'Union européenne a pu favoriser la création d'autres entités régionales, bien que chaque composante régionale soit empreinte de spécificités qui font échec à l'idée d'un modèle commun. Le Fonds monétaire international (FMI) incite lui aussi les États à exister ensemble de manière régionale en matière d'intégration financière. Le régional est devenu déterminant. Il devrait attirer plus d'attention en matière de gouvernance internationale.

Revenant aux relations entre échelons de gouvernance, le professeur Alberto Malatesta a souligné que la Conférence de la Haye (organisation à vocation universelle) connaissait la rançon de son succès. En effet, étant trop nombreux, les États membres ne parviennent plus à adopter de

conventions. *Small is beautiful ? But how small ?* Est-ce le régional qui doit être privilégié ou une autre dimension ? Le professeur Massimo Condinanzi, au travers de la technique de l'intégration différenciée au sein de l'Union européenne, montre que le régional peut être composé de plusieurs strates. Cette intégration différenciée peut être source d'émulation. Il me semble que ce qui se passe au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) avec l'accord sur les marchés publics peut s'apparenter à la technique de l'intégration différenciée. Il en ira peut-être aussi ainsi avec l'accord sur les services. Le professeur Étienne Pataut nous a, pour sa part, montré comment une organisation régionale *sui generis* qui est bien une organisation internationale, à savoir l'Union européenne, a pu intégrer en son sein des techniques de la Conférence de La Haye et les transformer en leur donnant une fin publique et communautaire.

En dernier lieu, s'agissant des organisations régionales, le professeur Walid Ben Hamida a évoqué la Ligue des États Arabes et son régime de protection des investissements. Il est intéressant de saisir que l'identité de cette organisation s'est forgée à l'aune d'une dynamique économique, alors que l'intégration politique n'existe encore que sous forme d'un voile très fin.

Un autre échelon de la gouvernance est le niveau local, entendu de manière générique. On pourrait aussi le dénommer l'infra-national. Le professeur Daniel Turp, grâce à une recherche minutieuse, montre comment les organisations internationales ont fait place en leur sein à des administrations territoriales nationales et leur ont reconnu diverses prérogatives. Cet aspect souligne d'ailleurs la plasticité des organisations internationales au gré de la volonté politique. Le professeur Antonello Tancredi a, pour sa part, analysé les relations entre organisations internationales et organisations non gouvernementales. Ces dernières, ainsi qu'il l'a souligné, ont été présentes dès les premiers pas de l'Organisation internationale, nous rappelant ainsi que le « local » et l'"international" sont des alliés et doivent le rester. Il faut trouver des « médiateurs » ou « passerelles » pour que ces deux échelons travaillent ensemble. Les Parlements nationaux jouent ce rôle dans des pays qui connaissent la démocratie représentative.

Une autre forme de médiation est celle des forums de la société civile. Faut-il des assemblées partenaires dans toutes les organisations internationales ? C'est l'une des questions posées par le professeur Daniel Turp. Des villes, et notamment des mégapoles, émergent

également comme acteurs. L'un des exemples a trait à la négociation en matière de changements climatiques[1].

4. *Le défi de la cohérence*

Le quatrième et dernier thème des conclusions générales a trait à la cohérence du système. Nous rejoignons Monsieur Pascal Lamy pour considérer que c'est là l'un des grands défis pour la gouvernance internationale. Le professeur Marchisio a montré que le fonctionnalisme a été source de multiplication d'organisations internationales et par là de chevauchements et de problèmes de cohérence. La professeure Evelyne Lagrange nous rappelle combien il est difficile d'avoir une vision des relations entre organisations internationales empreinte de cohérence. Elle nous offre des pistes de réflexion pour renforcer la cohérence, en pensant par exemple au principe de la subsidiarité, à celui de la hiérarchisation des fonctions ou encore au principe de la coopération loyale. Ces principes ainsi que d'autres ont été évoqués par la professeure Lucia Serena Rossi. L'Union européenne pourrait jouer le rôle de laboratoire dans l'observation du jeu de ces principes.

Les organisations internationales sont de fieffées indépendantes et il n'est pas sûr qu'elles veuillent hypothéquer leur devenir par des engagements de « bon voisinage », à moins qu'elles n'y trouvent un intérêt. Et pourtant, ces relations doivent être objet de préoccupation. Le professeur Sergio Maria Carbone donne l'exemple d'organisations qui traitent de mêmes sujets, à savoir la Conférence de la Haye, la CNUDCI et UNIDROIT, mais qui ne parviennent pas à trouver des positions communes qui seraient à l'avantage des opérateurs économiques concernés, lesquels devraient être considérés comme les destinataires des fruits de la gouvernance dans les domaines couverts par ces institutions.

Dans cette recherche de cohérence, le professeur Paul Jacqué évoque l'efficacité, terme polysémique et intriguant. L'efficacité est un concept qui est présent dans tous les discours. Il est intéressant de remarquer que la Charte parle de sécurité collective efficace en ses articles 1 et 24. Ne serait-ce temps que les juristes s'approprient ce concept et le juridicise. Doit-on parler d'efficacité, d'efficience, ou encore d'effectivité…

[1] Voir l'initiative des villes du 23 septembre 2014 lors du Sommet des Nations Unies.

Pour revenir à la cohérence qui est l'un des grands défis pour le système international, allant au-delà du système interétatique de 1945, nous devons également aller au-delà du système inter-organisations tel que nous le connaissons aujourd'hui. L'association directe d'acteurs non-étatiques à la gouvernance internationale est devenue incontournable. Cela peut se faire au moyen de partenariats privé-public. Il existe d'autres techniques si l'on pense par exemple à l'Union internationale des télécommunications (IUT) et à la place réservée au secteur privé dans son processus de décision.

Aux côtés de la cohérence dans l'action des organisations internationales, on doit évoquer la cohérence de l'interprétation et de l'application du droit international. Ce point soulève la question des fora des négociations. Là encore, les organisations doivent se jeter dans l'arène et porter leur point de vue au sein d'autres organisations. Pour le moment, elles sont trop parcimonieuses de leurs efforts en ce sens. Elles sont, à mon goût, souvent trop respectueuses du pré-carré de chacune d'elles. Le droit peut jouer un rôle pour forcer les portes de l'intégration.

APPENDICE

SOCIETÀ ITALIANA DI DIRITTO INTERNAZIONALE

ORGANI DIRETTIVI

Primo Presidente (eletto con l'atto costitutivo, 1995): Prof. Riccardo Monaco

Consiglio direttivo per il 1996-97 eletto dall'Assemblea di Roma del 12 aprile 1996

Presidente: Prof. Piero Ziccardi

Componenti:

Prof. Umberto Leanza
Prof. Bruno Nascimbene
Prof. Giorgio Sacerdoti
Prof. Giuseppe Tesauro
Prof. Antonio Tizzano

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

Consiglio direttivo per il 1997-98 eletto dall'Assemblea di Milano del 7 giugno 1997

Presidente: Prof. Francesco Francioni

Componenti:

Prof. Giorgio Gaja
Prof. Umberto Leanza
Prof. Giorgio Sacerdoti
Prof. Giuseppe Tesauro
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

Consiglio direttivo per il 1998-99 eletto dall'Assemblea di Siena del 12 giugno 1998

Presidente: Prof. Massimo Panebianco

Componenti:

Prof. M. Antonietta Di Blase
Prof. Francesco Francioni
Prof. Giorgio Gaja
Prof. Andrea Giardina
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Luigi Ferrari Bravo

Consiglio direttivo per il 1999-2000 eletto dall'Assemblea di Salerno del 30 aprile 1999

Presidente: Prof. Andrea Comba

Componenti:

Prof. M. Antonietta Di Blase
Prof. Francesco Francioni
Prof. Andrea Giardina
Prof. Giuseppe Nesi
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2000-2003 eletto dall'Assemblea di Torino del 2 giugno 2000[·]

Co-presidenti per il 2000-2001: Prof. Maria Laura Picchio Forlati e Prof. Alberto Miele, eletti dall'Assemblea di Torino del 2 giugno 2000

Presidente per il 2001-2002: Prof. Luigi Sico, eletto dall'Assemblea di Padova del 24 maggio 2001

Presidente per il 2002-2003: Prof. Nerina Boschiero, eletta dall'Assemblea di

[·] Con l'emendamento all'art. 4 dello Statuto approvato dall'Assemblea straordinaria.

Napoli del 24 maggio 2002

Componenti:

Prof. M. Antonietta Di Blase
Prof. Francesco Francioni
Prof. Andrea Giardina
Prof. Giuseppe Nesi
Prof. Tullio Treves

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2003-2006 eletto dall'Assemblea di Verona del 27 giugno 2003

Presidente per il 2003-2004: Prof. Umberto Leanza, eletto dall'Assemblea di Verona del 27 giugno 2003

Presidente per il 2004-2005: Prof. Luigi Daniele, eletto dall'Assemblea di Roma del 17 giugno 2004

Presidente per il 2005-2006: Prof. Paolo Fois, eletto all'Assemblea di Trieste del 23 giugno 2005

Componenti:

Prof. Nerina Boschiero
Prof. Sergio Maria Carbone
Prof. Massimo Iovane
Prof. Giorgio Sacerdoti
Prof. Ugo Villani

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2006-2009 eletto dall'Assemblea di Alghero del 17 giugno 2006

Presidente: Prof. Benedetto Conforti

Vicepresidente per il 2006-2007: Prof. Riccardo Luzzatto eletto dall'Assemblea di Alghero del 17 giugno 2006

Vicepresidente per il 2007-2008: Prof. Sergio Marchisio, eletto dall'Assemblea di Milano dell'8 giugno 2007

Vicepresidente per il 2008-2009: Prof. Ennio Triggiani, eletto dall'Assemblea di Roma del 26 giugno 2008

Componenti:

Prof. Nerina Boschiero
Prof. Sergio Maria Carbone
Prof. Paola Gaeta
Prof. Edoardo Greppi
Prof. Massimo Iovane

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2009-2012 eletto dall'Assemblea di Bari del 18 giugno 2009

Presidente: Prof. Giorgio Gaja

Vicepresidente per il 2009-2010: Prof. Lucia Serena Rossi, eletta dall'Assemblea di Bari del 18 giugno 2009

Vicepresidente per il 2010-2011: Prof. Rosario Sapienza, eletto dall'Assemblea di Bologna del 10 giugno 2010

Vicepresidente per il 2011-2012: Prof. Sergio Maria Carbone, eletto dall'Assemblea di Catania del 23 giugno 2011

Componenti:

Dott. Giulio Bartolini
Prof. Pasquale De Sena
Prof. Edoardo Greppi
Prof. Laura Pineschi
Prof. Ennio Triggiani

Segretario Generale: Prof. Sergio Marchisio

Consiglio direttivo per il 2012-2015 eletto dall'Assemblea di Genova del 31 maggio 2012

Presidente: Prof. Maria Laura Picchio Forlati

Vicepresidente per il 2012-2013: Prof. Giuseppe Cataldi, eletto dall'Assemblea di Genova il 31 maggio 2012

Vicepresidente per il 2013-2014: Prof. Michele Vellano, eletto dall'Assemblea di Napoli il 13 giugno 2013

Vicepresidente per il 2014-2015: Prof. Paolo Palchetti, eletto dall'Assemblea di Courmayeur il 27 giugno 2014

Componenti:

Prof. Marina Castellaneta
Prof. Francesco Costamagna
Prof. Pasquale De Sena
Prof. Roberto Mastroianni
Prof. Laura Pineschi

Segretario Generale: Prof. Edoardo Greppi

Finito di stampare presso
la Vulcanica Print Torre del Greco (Na)
nel mese di maggio 2015